

ZUR RECHTSMÄNGELHAFTUNG DES VERÄUSSERERS NACH DEN FREISINGER TRADITIONEN

von

Peter Gradel
aus Bayreuth

1965



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548813_0116



ZUR RECHTSMÄNGELHAFTUNG DES VERÄUSSERERS
NACH DEN FREISINGER TRADITIONEN

Inaugural-Dissertation
der Juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexander-Universität
Erlangen-Nürnberg

vorgelegt von
Peter Gradel
aus Bayreuth

Referent: Professor Dr.H.-R. Hagemann

Tag der mündlichen Prüfung: 15. 12. 1965

I N H A L T

	<u>Seite</u>
LITERATURVERZEICHNIS	I - X
EINLEITUNG	1
1.KAPITEL Der Stand der Lehre von der Entwicklung der Rechtsmängelhaftung im mittelalterlichen deutschen Recht	5
I. Der deutschrechtliche Ursprung der Rechtsmängelhaftung des BGB	5
II. Der Gewährenzug und die Wurzeln der Gewährschaftspflicht	6
1.Der Gewährenzug als Grundlage des mittelalterlichen Währschaftsrechtes	6
2.Die Qualifizierung der Gewährschaftspflicht	8
a) Gesetzliche schuldrechtliche Pflicht	8
b) Vertragliche Pflicht	11
3.Gewährschaftspflicht durch strafrechtlichen Zwang	13
4.Beurteilung und Gegenüberstellung der Lehren von der Gewährschaftspflicht	15
III. Die Bürgschaft als Ausgangspunkt der mittelalterlichen Währschaftsregelung	19
1.Die Entwicklung des südfranzösischen Währschaftsrechtes nach Partsch	19
a) Das Fehlen des Gewährenzuges	19
b) Der Bürge als Träger der Gewährschaft	20
2.Die Beurteilung der von Partsch angenommenen Entwicklung des Währschaftsrechtes	20

2.KAPITEL	Die Strafklauseln und die Stipulationsformeln	24
I.	Die Strafklauseln der fränkischen Zeit und ihr Verhältnis zum Gewährungsversprechen	24
II.	Die Strafklauseln in den Freisinger Traditionen	25
	1. Der von der Strafklausel erfaßte Personenkreis	27
	2. Art und Höhe der Strafsummen	28
	3. Das mit Strafe bedrohte Verhalten	29
III.	Die Stipulationsformel in den Freisinger Traditionen	31
IV.	Die währungsschaftsrechtliche Beurteilung der Strafklauseln und der Stipulationsformeln	31
	1. Die Strafklauseln	31
	2. Die Stipulationsformeln	34
3.KAPITEL	Der Gewährzug in den Freisinger Traditionen	36
I.	Nachweise des Gewährzuges in Gerichtsurkunden	36
	1. Die Prozesse der Freisinger Kirche	36
	2. Der Liegenschaftsprozeß der Lex Baiuvariorum	37
	3. Der Inhalt der Gerichtsurkunden	40
II.	Sonstige Hinweise für einen Gewährzug	46
	1. Das Wort "auctor" in den Freisinger Schenkungsurkunden	46
	2. Die Betonung des käuflichen Erwerbs bei Traditionsgütern	48

	<u>Seite</u>
3. Die Rückkaufsklausel in den Schenkungen für das Domkapitel	49
III. Zusammenfassung	50
4. KAPITEL Wadiation und Bürgschaft	52
§ 1 Schuld und Haftung im alten deutschen Recht	52
§ 2 Die Wadiation	53
I. Wadiation und Gewährschaftspflicht	53
II. Die Wadiation in den Freisinger Traditionen	56
1. Die Verwendung der Wadiation im allgemeinen	56
2. Die Freisinger Schenkungsurkunden	58
III. Rechtliche Beurteilung der Wadiation in den Frei- singer Traditionen	60
1. Die positiven Nachweise des Wettvertrages	60
2. Das wadium in den Schenkungsurkunden	60
3. Ergebnis	64
§ 3 Die Bürgschaft	65
I. Bürgschaft und Gewährschaftspflicht	65
1. Die Bürgschaft als Haftungsgeschäft	65
2. Gewährschaftspflicht und Bürgenhaftung	66
II. Die Bürgschaft in den Freisinger Traditionen	69
1. Die Verwendung der Bürgschaft außerhalb der Veräußerungsgeschäfte	70

	<u>Seite</u>
2. Die Bürgschaft in den Veräußerungsverträgen	71
a) Die Schenkungen	71
b) Kauf und Tausch	75
III. Die Bedeutung der Bürgschaft in den Freisinger Traditionen	77
1. Das Vorherrschen der Drittbürgschaft	77
2. Die fideiussores vestiturae	78
3. Die fideiussores traditionis	81
4. Ergebnis	83
5. KAPITEL "Firmare" und "firmatio" in den Freisinger Traditionen	84
I. Das "firmare" im bayerischen Recht	84
1. Die allgemeine Verwendung im bayerischen Volksrecht	84
2. "Firmare" und Gewährungsversprechen	85
II. Die Verwendung des Ausdrucks firmare in den Freisinger Urkunden	86
1. "Firmatio" als Erneuerung der Tradition	86
2. "Firmare" in Beziehung zu Urkunde und Zeugen	87
3. "Firmare" und lex traditionis	89
III. Ergebnisse	90
1. Die Bedeutung des Ausdrucks firmare	90
2. Keine vertragliche Währungsbegründung in den Freisinger Traditionen	92
3. Zur Entstehung der Währungsversprechen	94
SCHLUSSZUSAMMENFASSUNG	99
LEBENS LAUF	103

LITERATURVERZEICHNIS

1. Quellen und Hilfsmittel

- | | |
|-------------------------|---|
| Bitterauf Theodor | Die Traditionen des Hochstifts Freising 1.Band (744-926)
2.Band (926-1283) München 1905/
1909 (Quellen und Erörterungen zur bayerischen und deutschen Geschichte Neue Folge 4. und 5. Band) |
| Brinckmeier Eduard | Glossarium diplomaticum 2 Bde. Neudruck der Ausgabe 1856/63 Aalen 1961 |
| Claußen Hans-Kurt | Freisinger Rechtsbuch Weimar 1941 (Germanenrechte Neue Folge Abt. Stadtrechtsbücher) |
| Dirr Pius | Denkmäler des Münchner Stadtrechts Erster Band 1158-1403 München 1934 |
| Eckhardt Karl August | Die Gesetze des Karolingerreiches I Salische und ribuarische, Franken II Alemannen und Bayern Weimar 1934 (Schriften der Akademie für deutsches Recht, Germanenrechte Bd.2) |
| Freyberg M. Freiherr v. | Sammlung historischer Schriften und Urkunden Band 4 Stuttgart und Tübingen 1834 |
| Hauthaler Willibald | Salzburger Urkundenbuch 1. Bd. Traditionscodices Salzburg 1910 |
| Hewwieser Max | Die Traditionen des Hochstifts Passau München 1930 (Quellen und Erörterungen zur bayerischen Geschichte Neue Folge 6. Band) |
| Meichelbeck Carolus | Historiae Frisingensis 2 Bde. Augsburg und Graz 1724 - 1729 |
| Widemann Josef | Die Traditionen des Hochstifts Regensburg und des Klosters St. Emmeram München 1943 (Quellen und Erörterungen zur bayer. Geschichte Neue Folge 8. Band) |

2. Lehrbücher, Monographien, Aufsätze

- Adler Sigmund Über das Erbenwartrecht nach den ältesten Bairischen Rechtsquellen
Breslau 1891 (Gierkes Untersuchungen zur Deutschen Staats- und Rechtsgeschichte 37. Heft)
- Amira Karl von Die Wadiation, in: Sitzungsberichte der Königlich Bayerischen Akademie der Wissenschaften München 1911
- Beyerle Franz Der Ursprung der Bürgerschaft in
Zeitschr. d. Savigny - Stiftung f. Rechtsgesch. Germ. Abt. Bd. 47 (1927) S. 567 ff.
- Beyerle Konrad Bespr. von Paul Rehme "Über das älteste bremische Grundbuch (1438 - 1558) und seine Stellung im Liegenschaftsrechte" in Hansische Geschichtsblätter 1. Heft (1909) S. 237 ff. (zit. K. Beyerle, Bespr. Rehme)
- Die Anfänge des Kölner Schreinswesens in Zeitschr. d. Savigny-Stiftung f. Rechtsgesch. Germ. Abt. Bd. 51 (1931) S. 318 ff. (zit. K. Beyerle, Kölner Schreinswesen)
- Grundeigentumsverhältnisse und Bürgerrecht im mittelalterlichen Konstanz Heidelberg 1900/02 Bd. 1 Das Salmannrecht
- Bluhme Friedrich Über die Bekräftigungsformeln der Rechtsgeschäfte, besonders der Contrakte, vom sechsten bis neunten Jahrhundert in Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts (1858) S. 197 ff.
- Boye Fritz Über die Poenformeln in den Urkunden des frühen Mittelalters in Archiv für Urkundenforschung Bd. 6 (1918) S. 77 ff.

- Brunner Heinrich Deutsche Rechtsgeschichte 2.Aufl. Bd.1
 Leipzig 1906, Bd.2 bearbeitet von
 Claudius Freiherr von Schwerin
 München und Leipzig 1928 (zit. Brunner,
 Dt. RG)
- Zur Rechtsgeschichte der römischen und
 germanischen Urkunde Bd.1
 Neudruck der Ausgabe 1880
 Aalen 1961 (zit. Brunner, RG d. Urk.)
- Conrad Hermann Deutsche Rechtsgeschichte Bd.1
 Frühzeit und Mittelalter 2. Aufl.
 Karlsruhe 1962 (zit. Conrad, Dt. RG)
- Liegenschaftsübergang und Grund-
 bucheintragung in Köln während des
 Mittelalters Weimar 1935
 (Forschungen zum Deutschen Recht
 Bd.1 Heft 3)
- Ebel Wilhelm Die Willkür Göttingen 1953
 (Göttinger rechtswissenschaftliche
 Studien Heft 6) (zit. Ebel, Willkür)
- Geschichte der Gesetzgebung in
 Deutschland 2. Aufl.
 Göttingen 1958 (Göttinger rechts-
 wissenschaftliche Studien Bd.24)
 (zit. Ebel, Gesetzgebung)
- Ficker Julius Beiträge zur Urkundenlehre 2 Bde.
 Innsbruck 1877
- Gal Alexander Die Prozeßbeilegung nach den
 fränkischen Urkunden des VII. bis
 X. Jahrhunderts
 Breslau 1910 (Gierkes Untersuchungen
 zur Deutschen Staats- und Rechtsge-
 schichte 102. Heft)

- Ganshof Francois Louis Was waren die Kapitularien?
Weimar 1961
- Gengler Heinrich Gottfried Germanische Rechtsdenkmäler
Erlangen 1875
- Gierke Otto Deutsches Privatrecht Bd.3
Schuldrecht München und
Leipzig 1917 (zit. Gierke,
Privatrecht III)
- Schuld und Haftung im älteren
deutschen Recht Breslau 1910
(Gierkes Untersuchungen zur
Deutschen Staats- und Rechtsge-
schichte 100.Heft) (zit. Gierke,
Schuld und Haftung)
- Gillis Fritz Gewährschaftszug und Laudatio
auctoris Breslau 1913 (Gierke
Untersuchungen zur Deutschen
Staats- und Rechtsgeschichte
118. Heft)
- Goldmann Emil Tertia manus und Intertiation im
Spurfolge- und Anfangsverfahren
des fränkischen Rechts in
Zeitschr. d. Savigny-Stiftung f.
Rechtsgesch. Germ. Abt. Bd.39
(1918) S.145 ff.
- Haeberlin C.F.W.J. Systematische Bearbeitung der in
Meichelbecks Historia Frisingensi
enthaltenen Urkundensammlung
Erster Teil Rechtsgeschichte
Berlin 1842
- Haff Karl Institutionen des deutschen
Privatrechts Bd.1 Personen- und
Sachenrecht Stuttgart 1927
- Hagemann Hans-Rudolf Übertragungen mit Nutzungsvor-
behalt in alemannischen Formeln
und Urkunden in Archiv des
Historischen Vereins des Kantons
Bern Bd.44 2.Heft (1958)
S.339 ff.

- Haiss Wilhelm Traditio und Investitura
München 1876
- Heusler Andreas Die Gewere Weimar 1872
- Institutionen des Deutschen Privatrechts
2.Bd. Leipzig 1885/86 (zit. Heusler,
Privatrecht)
- Hübner Rudolf Der Immobiliärprozeß der fränkischen
Zeit Breslau 1893 (Gierkes Unter-
suchungen zur Deutschen Staats- und
Rechtsgeschichte 42.Heft) (zit. Hübner,
Immobiliärprozeß)
- Die donationes post obitum und die
Schenkungen mit Vorbehalt des Nieß-
brauchs im älteren deutschen Recht
Breslau 1888 (Gierkes Untersuchungen
zur Deutschen Staats- und Rechtsgeschichte
26.Heft) (zit. Hübner, donationes p.
obitum)
- Grundzüge des deutschen Privatrechts
5.Aufl. Leipzig 1930 (zit. Hübner,
Privatrecht)
- Kaufmann Ekkehard Die Bürgschaft im Recht des Ingelheimer
Oberhofes in Zeitschr. d. Savigny-
Stiftung f. Rechtsgesch. Germ. Abt.
Bd.74 (1957) S.198 ff.
- Larenz Karl Lehrbuch des Schuldrechts 6. Aufl.
München und Berlin 1963/64 Bd.1
Allgemeiner Teil Bd.2 Besonderer Teil
- Löning Richard Der Vertragsbruch im deutschen Recht
Straßburg 1876
- Mayer Ernst Die Einkleidung im germanischen Recht
in Festschrift für Adolf Wach, Bd.2,
Leipzig 1913, S.43 ff.

Merk Walther

Die Grundstücksübertragung nach dem alemannischen Volksrecht in Festschrift Ernst Mayer, Weimar 1932, S.125 ff. (zit. Merk, alemann. Grdst.-übertragung)

Die Grundstücksübertragung in Meersburg am Bodensee in Zeitschr. d. Savigny-Stiftung f. Rechtsgesch. Germ. Abt. Bd.55 (1935) S.169 ff. u. Bd.56 (1936) S.1 ff. (zit. Merk, Grdst.-übertragung in Meersburg)

Merkel Johannes

Das Firmare des bayerischen Volksrechts in Zeitschr. f. Rechtsgesch. Bd.2 (1863) S.101 ff.

Meyer Ernst

Zur Geschichte des Immobilienrechts der deutschen Schweiz im 13. bis 15. Jhd. Breslau 1920 (Gierkes Untersuchungen zur Deutschen Staats- und Rechtsgeschichte 131.Heft)

Meyer Herbert

Zum Ursprung der Vermögenshaftung im deutschen Recht in Gierke-Festschrift, Weimar 1911 S.973 ff.

Mitteis Heinrich

Deutsches Privatrecht, 3.Aufl. bearbeitet von Heinz Lieberich München und Berlin 1959 (zit. Mitteis, Privatrecht)

Deutsche Rechtsgeschichte 5.Aufl. Neubearbeitet von H. Lieberich München und Berlin 1958 (zit. Mitteis, Dt. RG)

Partsch Gottfried

Zur Entwicklung der Rechtsmängelhaftung des Veräußerers nach mittelalterlichen südfranzösischen und spanischen Quellen in Zeitschr. d. Savigny-Stiftung f. Rechtsgesch. Germ. Abt. Bd.77 (1960) S.87 ff.

Petz-Grauert-Mayerhofer

Drei bayerische Traditionsbücher aus dem XII. Jahrhundert München 1880

- Planck Julius Wilhelm v. Das deutsche Gerichtsverfahren
im Mittelalter 2Bde.
Braunschweig 1879
- Planitz-Eckhardt Deutsche Rechtsgeschichte 2.Aufl.
bearbeitet von Karl August
Eckhardt Graz/Köln 1961
- Planitz Hans Grundzüge des deutschen Privat-
rechts 3.Aufl. Berlin 1949
(zit. Planitz, Privatrecht)
- Platner Victor Die Bürgschaft Leipzig 1857
- Puntschart Paul Schuldvertrag und Treugelöbniß
des sächsischen Rechts im Mittel-
alter Leipzig 1896
- Quitmann Anton Die älteste Rechtsverfassung der
Baiwaren Nürnberg 1866
- Rabel Ernst Die Haftung des Verkäufers wegen
Mangels im Rechte 1.Teil
Leipzig 1902
- Rauch Karl Gewährschaftsverhältnis und Erb-
gang nach älterem deutschen
Recht in Karl-Zeumer-Fest-
gabe, Weimar 1910, S.529 ff.
(zit. Rauch, Gewährschaftsver-
hältnis und Erbgang)
- Spurfolge und Dritthandverfahren
in der fränkischen Rechtsent-
wicklung in Zeitschr. d.
Savigny-Stiftung f. Rechtsgesch.
Germ. Abt. Bd.68 (1951) S.1 ff.
- Redlich Oswald Die Privaturkunden des Mittel-
alters, München und Berlin 1911
(Handbuch der mittelalterlichen
und neueren Geschichte
Herausgegeben von G.von Below
und F.Meinecke Abt.IV Urkunden-
lehre III) (zit. Redlich, Privat-
urkunden)

- Über bairische Traditionsbücher und Traditionen in Mitteilungen des Instituts für österreichische Geschichtsforschung Bd.5 (1884) S.1 ff. (zit. Redlich, Traditionsbücher)
- Rehme Paul Über das älteste bremische Grundbuch (1438 - 1558) und seine Stellung im Liegenschaftsrechte Halle 1908 (Stadtrechtsforschungen von P.Rehme)
- Rotthaus Karl-Peter Redde und Schult in den Urteilen des Ingelheimer Oberhofes Diss. Frankfurt a.M. 1959
- Ruf J.Paul Studien zum Urkundenwesen der Bischöfe von Freising im 12. und 13. Jahrhundert Diss. München 1914
- Schröder-Künßberg Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte 7.Aufl. Berlin/Leipzig 1932
- Schultze Alfred Bespr. von Fritz Gillis "Gewährschaftszug und Laudatio auctoris" in Zeitschr. d. Savigny-Stiftung f. Rechtsgesch. Germ. Abt. Bd.37 (1916) S.636 ff. (zit. Schultze, Bespr. Gillis)
- Bespr. von Wilhelm Sjögren "Über die Römische Conventionalstrafe und die Strafklauseln der fränkischen Urkunden" in Zeitschr. d. Savigny-Stiftung f. Rechtsgesch. Germ. Abt. Bd.17 (1896) S.176 ff. (zit. Schultze, Bespr. Sjögren)
- Die langobardische Treuhand und ihre Umbildung zur Testamentsvollstreckung Breslau 1895 (Gierkes Untersuchungen zur Deutschen Staats- und Rechtsgeschichte 49. Heft)

Gerüfte und Marktkauf in Beziehung
zur Fahrnisverfolgung in Festgabe
für Felix Dahn, Teil 1,
Breslau 1905 S.1 ff. (zit. Schultze,
Gerüfte und Marktkauf)

- Schwind Ernst von Deutsches Privatrecht
Wien und Leipzig 1921
- Sickel Wilhelm Die Bestrafung des Vertragsbruches
und analoger Rechtsverletzungen in
Deutschland Halle 1876
- Sjögren Wilhelm Über die Römische Conventionalstrafe
und die Strafklauseln der fränkischen
Urkunden Berlin 1896
- Studtmann Joachim Die Pönformel der mittelalterlichen
Urkunden in Archiv für Urkunden-
forschung Bd.12 (1932) S.251 ff.
- Stutz Ulrich Das Eigenkirchenvermögen. Ein Beitrag
zur Geschichte des altdeutschen Sachen-
rechts auf Grund der Freisinger Tradi-
tionen in Festschrift für Otto
Gierke, Weimar 1911 S.1187 ff.
- Voltelini Hans von Die Fluch- und Strafklauseln mittel-
alterlicher Urkunden und ihre antiken
Vorläufer in Mitteilungen des
Instituts für österreichische Geschichts-
forschung Erg. Band11 (1929) S.64 ff.
- Voser Peter Die altdeutsche Liegenschaftsübereig-
nung von ihren Anfängen bis zum Beginn
der Rechtsbücherzeit Diss. Zürich
1958
- Wagenseil Walter Der römischrechtliche Gehalt des
Nürnberger Schuldrechts zur Zeit der
Entstehung der Reformationen von 1479
bis 1564 Diss. Erlangen 1964
- Wohlhaupter Eugen Hoch- und Niedergericht in der mittel-
alterlichen Gerichtsverfassung Bayerns
Heidelberg 1929 (Beyerles Deutschrecht-
liche Beiträge Bd.12 Heft2)

Zoepfl Heinrich

Altertümer des deutschen
Reichs und Rechts Bd.2
Leipzig und Heidelberg 1860

3. Zitierweise der Urkunden

- B.I.1 a.744 = Urkunde Nr.1 (J.744) bei
Bitterauf, Die Traditionen
des Hochstifts Freising, Bd.1
- B.II. 1119 a. 948 = Urkunde Nr. 1119 (J.948) bei
Bitterauf, Die Traditionen
des Hochstifts Freising, Bd.2
- Hauthaler, S.811 (84 a.1170) = Urkunde Nr.84 (J.1170) bei
Hauthaler, Salzburger Urkun-
denbuch Bd.1, S.811
- Heuwieser 78 a.821 = Urkunde Nr.78 (J.821) bei
Heuwieser, Die Traditionen des
Hochstifts Passau
- Meichelbeck II. 99 a.1269 = Urkunde Nr.99 (J.1269) bei
Meichelbeck, Historiae Fri-
singensis, Tomus II
pars instr.
- Widemann 19 a.822 = Urkunde Nr.19 (J.822) bei
Widemann, Die Traditionen
des Hochstifts Regensburg
und des Klosters St.Emmeram

E I N L E I T U N G

Jede geschichtliche Betrachtung des deutschen Privatrechts steht einer im Laufe der Zeiten wechselnden Zahl und Qualität der Rechtsquellen gegenüber.

Während die Rekonstruktion des Privatrechts der germanischen Zeit mangels geeigneter Zeugnisse nur mit Schwierigkeiten vorgenommen werden kann, treffen wir in der fränkischen Zeit bereits eine Fülle unmittelbarer und mittelbarer Rechtsquellen in Form schriftlicher Aufzeichnungen. Es begegnen in dieser Zeit nicht nur die erstmals aufgezeichneten Stammesrechte¹⁾ und die der Königsgesetzgebung entsprungenen Kapitularien²⁾, die Rückschlüsse auf das Privatrecht zulassen; die damals vorhandene Privatrechtsordnung erschließt sich auch aus den in einer Vielzahl überlieferten Urkunden und Formularen.

Mit der Auflösung des fränkischen Großreiches nahm auch der Quellenreichtum ab, der die fränkische Periode auszeichnet. Die Zeit von der Mitte des 9. bis ins 12. Jahrhundert ist sowohl gekennzeichnet durch eine Pause in der deutschen Gesetzesgeschichte³⁾ als auch durch einen oft beklagten allgemeinen Mangel an urkundlichen Zeugnissen.⁴⁾

1) Vgl. Ebel, Gesetzgebung, S. 31 ff.

2) Vgl. Ebel, Gesetzgebung, S. 36 ff.; Ganshof, Was waren die Kapitularien, S. 13 ff., 113 ff.

3) Unter der Herrschaft der Sachsen- und Salierkaiser sind im Gegensatz zur fränkischen Epoche keine Ansätze für eine staatliche Gesetzgebung erkennbar. Vgl. Ebel, Gesetzgebung, S. 42

4) Vgl. Sickel, Die Bestrafung des Vertragsbruches und analoger Rechtsverletzungen in Deutschland, S. 16; Löning, Der Vertragsbruch im deutschen Recht, S. 161

Die Bedeutung dieses Zeitraumes für die Entwicklung und Ausgestaltung des Privatrechts wird daher auch recht unterschiedlich beurteilt. Die nachfränkische Zeit wird einmal eine Periode großer Umgestaltungen und Neubildungen⁵⁾, dann wieder als eine Zeit betrachtet, die keine durchgreifenden Änderungen gebracht hat⁶⁾, weil bei dem konservativen Charakter des deutschen Rechts eine rasche Weiterentwicklung der privatrechtlichen Institutionen nicht möglich war.⁷⁾

Das Argument des Urkundenmangels trifft nicht für den oberdeutschen⁸⁾, vor allem nicht für den altbayerischen Raum zu. Hier begegnet uns die Einrichtung der Traditionsbücher, die uns neben der Kunde von den wirtschaftlichen und sozialen Verhältnissen vor allem einen Einblick in die Beschaffenheit des Rechts jener Zeit in Zusammenhang mit den Güterbewegungen der großen Grundherrschaften vermitteln⁹⁾. Die Traditionsbücher repräsentieren uns die Hauptmasse des urkundlichen Vorrats der nachfränkischen Jahrhunderte und zählen daher zu den wichtigsten Rechtsquellen des Mittelalters¹⁰⁾.

Die in den Freisinger Traditionsbüchern¹¹⁾, der ältesten und bedeutendsten Sammlung dieser Art¹²⁾, enthaltenen Urkunden reichen in das 8. Jahrhundert zurück und haben damit unmittelbaren Anschluß an die Entstehungszeit des bayerischen

5) Sicker, a.a.O., S.16

6) Löning, a.a.O., S.161

7) Löning, a.a.O., S.162

8) Bluhme, Über die Bekräftigungsformeln der Rechtsgeschäfte, besonders der Kontrakte, vom sechsten bis neunten Jahrhundert, S.260

9) Petz, Drei bayer.Traditionsbücher, S.VII

10) Redlich, Traditionsbücher, S.10; Petz, a.a.O., S.VII

11) Die Bedeutung der Traditionsbücher war in Freising so groß, daß daneben die originale Urkundenfertigung nur geringen Umfang hatte. Vgl. Ruf, Studien zum Urkundenwesen der Bischöfe von Freising, S.2

12) Redlich, Traditionsbücher, S.7

Volksrechts.¹³⁾ Andererseits werden die Freisinger Traditionen bis ins 13. Jahrhundert fortgeführt, wodurch die Verbindung mit der Periode der Rechtsbücher hergestellt wird. Wenn auch innerhalb dieses sich über fünf Jahrhunderte erstreckenden Zeitraumes die inhaltliche Ausgestaltung der Traditionsbücher, bedingt durch die Wandlungen des Urkundenwesens¹⁴⁾, Änderungen erfahren hat, so blieb doch der Zweck der Bücher stets der gleiche. Die Aufnahme der Urkunden in die Traditionsbücher geschah, um auf Grund der Eintragung jederzeit den Vorgang und die Zeugen feststellen zu können, hatte also unmittelbar rechtliche Bedeutung.¹⁵⁾ Trotz der Kürze mancher Aufzeichnungen darf also angenommen werden, daß der für die Parteien rechtserhebliche Inhalt des Rechtsgeschäftes vollständig wiedergegeben ist. Eine gewissenhafte Eintragung in das Traditionsbuch lag somit im Interesse der Parteien, insbesondere der Kirche. Man wird außerdem dem Diakon Cozroh¹⁶⁾, dem ersten Verfasser eines Freisinger Traditionsbuches, glauben dürfen, der bekannt hat:

"nihil minui vel adici, nisi scribtoris vitio
aliquid depravatum repperisset,"¹⁷⁾

und dieses Bekenntnis wird man auch für seine Nachfolger gelten lassen können.

-
- 13) Nach herrschender, aber nicht unbestrittener Meinung stammt die Lex Baiuvariorum aus den Jahren 741-744; vgl. Mitteis, Dt. RG S. 62
- 14) Zur Entwicklung der carta über die notitia zur bloßen notitia testium, zum Akt, vgl. Redlich, Traditionsbücher, S. 9-12
Der Einfachheit halber soll im folgenden der Ausdruck Urkunde für alle Einträge verwendet werden, auch wenn dies im "diplomatischen" Sinne nicht zutrifft.
- 15) Vgl. Redlich, Traditionsbücher, S. 9
- 16) Er lebte in der ersten Hälfte des 9. Jahrhunderts
- 17) Vgl. Cozrohs Vorrede in Bitterauf, Die Traditionen des Hochstifts Freising, 1. Bd., S. 1

Indem die Freisinger Traditionsurkunden den Zeitraum zwischen dem bayerischen Volksrecht und dem 13. Jahrhundert überspannen, erscheint ihre Betrachtung besonders dann geboten, wenn es um die Frage geht, wie sich ein Rechtsinstitut, das in den Volksrechten erstmalig festgestellt werden kann, im bayerischen Recht weiterentwickelt hat. Die Betrachtung gerade der Freisinger Urkunden erscheint auch deshalb angebracht, weil Freising zu den namhafteren Entwicklungspunkten des deutschen Rechts im Mittelalter gezählt werden darf¹⁸⁾.

Inwieweit das alte bayerische Recht eine Regelung der Rechtsmängelhaftung oder wenigstens Ansatzpunkte dazu erkennen läßt, soll Gegenstand der folgenden Darstellung sein, die, gestützt auf die Freisinger Traditionen, vergleichsweise auch andere Traditionsurkunden "altbairischer Provenienz"¹⁹⁾ berücksichtigt, um zu zeigen, daß die auf Grund des Freisinger Urkundenmaterials gewonnenen Ergebnisse als charakteristisch für den altbayerischen Raum angesehen werden dürfen.

18) Gengler, Germanische Rechtsdenkmäler, S. 101

19) Vergleichsweise sollen in den Anmerkungen auch die Salzburger, Regensburger und Passauer Traditionen Berücksichtigung finden.

1. KAPITEL

DER STAND DER LEHRE VON DER ENTWICKLUNG DER RECHTSMÄNGELHAFTUNG IM MITTELALTERLICHEN DEUTSCHEN RECHT¹⁾

I. Der deutschrechtliche Ursprung der Rechtsmängel- haftung des BGB

Die Regelung des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches über die Haftung für Rechtsmängel bei Kauf, Tausch und Schenkung²⁾ ist das Ergebnis einer langen Entwicklung. Es besteht Einigkeit darüber, daß die Rechtsmängelhaftung des geltenden Rechts im wesentlichen³⁾ deutschrechtlichen Ursprungs ist und sich von der Regelung des römischen und gemeinen Rechts weitgehend entfernt hat.⁴⁾

-
- 1) Obwohl Partsch, Zur Entwicklung der Rechtsmängelhaftung des Veräußerers nach mittelalterlichen südfranzösischen und spanischen Quellen, S.92-97, bereits eine Zusammenfassung der bisherigen Literatur zum mittelalterlichen Gewährschaftsrecht gebracht hat, erscheint mir eine besondere Betrachtung dieser Auffassungen deshalb erforderlich, weil die vorliegende Darstellung zu einer anderen Einteilung und auch zu teilweise anderen Beurteilungen der Ansichten kommt.
 - 2) Nur die typischen Veräußerungsgeschäfte sollen hier betrachtet werden.
 - 3) In den Vorschriften des § 440 Abs.2 bis 4 BGB zeigt sich, wenn auch sehr abgeschwächt, noch ein Anklang an das römischrechtliche Eviktionsprinzip.
 - 4) Vgl. Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, 2.Bd., S.28

II. Der Gewährenzug und die Wurzeln der Gewährschaftspflicht

1. Der Gewährenzug als Grundlage des mittelalterlichen Währschaftsrechts

Bei der Frage nach den Anknüpfungspunkten der Rechtsmängelhaftung im älteren deutschen Recht und ihrer Entwicklung geht die bisherige Literatur⁵⁾ fast ausnahmslos von einer Gewährschaftspflicht des Veräußerers aus, die oft auch entsprechend ihrer Erscheinungsform als Schirmpflicht bezeichnet wird. Wenn auch manche Autoren⁶⁾ nur von der Gewährschaftspflicht des Verkäufers sprechen, so soll damit nicht angedeutet sein, daß Tausch und Schenkung anders behandelt wurden.⁷⁾ Diese Ausdrucksweise beruht vielmehr darauf, daß die Volksrechte von der Gewährschaft fast immer im Zusammenhang mit dem Kaufvertrag sprechen. Die Gewährschaft, oft auch nur Währschaft genannt, hatte unmittelbar nur prozessuale Bedeutung, denn sie zielte auf prozessualen Schutz des Erwerbers (=Schirmung, defensio) ab.

Zur inhaltlichen Ausgestaltung der Gewährschaft gelangte man durch Auslegung der knapp gefaßten Aussagen der beiden fränkischen Volksrechte über den Anefang.⁸⁾

5) Vgl. insbesondere Hübner, Privatrecht, S.577; Rabel, Die Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Rechte, S.166 ff.; Gierke, Privatrecht III, S.457; H.Meyer, Zum Ursprung der Vermögenshaftung, S.994 ff.

6) So Gierke, Privatrecht III, S.457; Hübner, Privatrecht, S.577, 578

7) Schon die Volksrechte sehen eine gleichmäßige Behandlung vor. Vgl.z.B. Lex Bai.XVI,8,13

8) Vor allem Lex.Sal.39,49 und Lex Rib.33,1
Eine zusammenfassende Erörterung zur Auslegung bringt Rauch, Spurfolge und Dritthandverfahren in der fränkischen Rechtsentwicklung, S.1-77

Die für das Anefangsverfahren charakteristische Verteidigung des Beklagten durch Ziehen des Gewähren wurde von der rechtsgeschichtlichen Literatur zu einem allgemeinen und nicht auf die typischen Anefangsfälle beschränkten Institut gemacht. Diese Ergebnisse wurden auch auf den Liegenschaftsprozeß angewandt. Dies erschien gerechtfertigt, weil der Immobiliärprozeß wie der Mobiliärprozeß eine deliktsrechtliche Wurzel hat, war er doch ursprünglich ein Verfahren um Landraub.⁹⁾

Das Gewährschaftsverfahren wurde eingeleitet, wenn ein Dritter vom Erwerber durch Klage Herausgabe einer Sache verlangte. Berief sich der Beklagte auf Erwerb durch Kauf, Tausch oder Schenkung, so mußte der Veräußerer auf die förmliche Ladung des Beklagten vor Gericht erscheinen, sich zur Gewährschaft bekennen und die Verteidigung des Beklagten übernehmen.¹⁰⁾

Handelte der Gewährse seinen Verpflichtungen zuwider oder unterlag er im Prozeß, so sprach man von Gewährbruch, und der Erwerber mußte die Sache an den Kläger herausgeben. Im Verhältnis zwischen Verkäufer und Käufer - die Volksrechte behandeln bekanntlich in erster Linie den Kauf - mußte der gewährbrüchige Verkäufer den Kaufpreis zurückzahlen. Als Rechtsfolge des Gewährbruchs kam auch die Lieferung einer äquivalenten Sache oder die Erstattung des doppelten Kaufpreises in Betracht.¹¹⁾

Soweit es um die hier geschilderte inhaltliche und förmliche Ausgestaltung der Gewährpflicht geht, stimmen die

9) Vgl. Brunner, Dt.RG II, S.436 ff., 672

10) So übereinstimmend Brunner, Dt.RG II, S.677, 678; Hübner, Privatrecht, S.577; Rabel, a.a.O., S.183

11) Vgl. Rabel, a.a.O., S.288, 294

Auffassungen noch weitgehend überein. Keine übereinstimmenden Meinungen bestehen jedoch hinsichtlich der Frage, woraus sich die Pflicht des Veräußerers zur prozessualen Schirmung des Erwerbers herleitet.

Die bisherige Literatur wird im wesentlichen von zwei Ansichten bestimmt. Die eine qualifiziert die Gewährschaftspflicht als eine schuldrechtliche, von Rechts wegen bestehende Pflicht, die andere führt sie auf eine strafrechtliche Wurzel zurück.

2. Die Qualifizierung der Gewährschaftspflicht

a) Gesetzliche schuldrechtliche Pflicht

Die Auffassung, die die Wurzel der Gewährschaftspflicht in das materielle Recht verlegt und eine gesetzliche¹²⁾ schuldrechtliche Pflicht annimmt, wurde in erster Linie von Hübner geprägt.¹³⁾

Hübner sieht den tieferen Grund für die Ausbildung einer Gewährschaftspflicht in der Rechtsentwicklung, die die Eigentumsübertragung an Immobilien durchlaufen hat.¹⁴⁾ In alter Zeit sei, weil es noch kein Individualeigentum gegeben habe und Sippeneigentum nicht übertragbar war,

12) Gesetzliche Pflicht kann freilich nicht als "positiv-rechtliche" Pflicht verstanden werden. Der damaligen Rechtsauffassung entsprechend ist die Pflicht zutreffender als von Rechts wegen bestehend zu bezeichnen.

13) Die Herleitung der Gewährschaftspflicht aus dem materiellen Recht scheint mir gegen Partsch, a.a.O. S.92-94, daraus zu folgen, daß Hübner, Immobilienprozeß, S.104 ff., diese Pflicht im Zusammenhang mit den materiellen Einreden behandelt.

14) Vgl. Hübner, Immobilienprozeß, S.104 ff.

eine Eigentumsübertragung an Grundstücken ausgeschlossen gewesen. Wenn trotzdem eine Übertragung vorgenommen wurde, sei der Erwerber nicht Eigentümer geworden und habe das Gut daher auch nicht verteidigen oder einklagen können. Da dem germanischen Recht auch eine prozessuale Stellvertretung, mit deren Hilfe der Veräußerer bei Klage eines Dritten als Vertreter des Erwerbers hätte auftreten können, unbekannt gewesen sei, habe das deutsche Recht dem früheren Eigentümer die Verpflichtung auferlegt, für seinen Nachfolger einzutreten, insbesondere die prozessualen Rechte und Pflichten weiterhin auszuüben. Das deutsche Recht habe auf diese Weise eine Gewährschaftspflicht ausgebildet. Diese Gewährschaftspflicht habe ihrer Entstehung gemäß von Rechts wegen bestanden und sich während der unumschränkten Geltung des deutschen Rechts auch in wesentlich unveränderter Gestalt erhalten.¹⁵⁾

Die Lehre Hübners erfuhr eine Weiterentwicklung und nähere Ausgestaltung durch Rabel¹⁶⁾, dessen Verdienst es ist, den möglichen Gang der Entwicklung der Rechtsmängelhaftung aus einer gemeinarischen Wurzel bis zur Einmündung in das geltende Recht dargestellt zu haben. Erklärlicherweise nimmt dabei die Untersuchung der deutschrechtlichen Währschaft einen breiten Raum ein. Ohne auf den Ausgangspunkt der Darstellung Hübners, die Unzulässigkeit der Grundstücksübereignung in alter Zeit, zurückzugreifen, betrachtet er die Gewährschaftsregelung als aus der Anlage des dinglichen Prozesses erwachsen. Die Gewährschaft sei nach den Regeln des Prozesses erfolgt. Das Verfahren gegen den Gewährsmann sei schon in fränkischer

15) Hübner, Privatrecht, S.577-579

Die Hübnersche Auffassung blieb nicht unangefochten. Brunner, Dt.RG II, S.678 Anm.31, z.B. hält die Hypothese Hübners nicht für erforderlich, um die Gewährschaftspflicht zu erklären, denn schon in germanischer Zeit sei die reale Investitur auf dem Grundstück eine rechtswirksame Form der Liegenschaftsübertragung gewesen.

16) Vgl. Rabel, a.a.O., S.166 ff.

Zeit gerichtlich gewesen, wie überhaupt die Verpflichtung seit jeher nur in der gerichtlichen Verteidigung gegen prozessuale Angriffe bestanden habe.¹⁷⁾ Nach Rabel sei im alten deutschen Recht die Gewährleistung als gesetzliche Verpflichtung eine Selbstverständlichkeit gewesen.¹⁸⁾ Die Gewähr sei von jedem Vormann, auch vom Schenker zu leisten gewesen, wobei Rabel als Quelle der Pflicht von Anfang an nicht die Tradition als solche erscheint, sondern der Kauf als kausale Tradition.¹⁹⁾ Auch Gierke²⁰⁾ sieht den Anfang der Rechtsmängelhaftung in einer Schirmpflicht des Veräußerers. Im alten deutschen Recht sei diesem die Verpflichtung auferlegt worden, die dem Erwerber übertragene Gewere gegen rechtliche Angriffe Dritter zu verteidigen. Die Gewährschaftschuld des Verkäufers - Gierke betrachtet in erster Linie den Kauf - habe als gesetzliche Folge des Kaufvertrages gegolten, denn bereits zur Zeit der Volksrechte sei der Kaufvertrag kein reines Bargeschäft mehr gewesen, sondern habe auch schon schuldrechtliche Elemente enthalten.²¹⁾

Löning²²⁾ geht bei seiner Darstellung der Währschaftspflicht des alten deutschen Rechts ebenfalls von einer von Rechts wegen eintretenden Verpflichtung aus. Der Verkäufer einer Sache, Mobilie oder Immobilie, und ebenso derjenige, welcher eine solche in Tausch gab, sei kraft des abgeschlossenen Vertrages verpflichtet gewesen, dem Erwerber Währschaft zu leisten.

17) Vgl. Rabel, a.a.O., S.183

18) Vgl. Rabel, a.a.O., S.202

19) Vgl. Rabel, a.a.O., S.166

20) Vgl. Gierke, Privatrecht III, S.457, 458; Schuld und Haftung, S.85, 85

21) Vgl. Gierke, Privatrecht III, S.435

22) Vgl. Löning, a.a.O., S.103

Auch die Auffassung Merkels²³⁾ zur Gewährschaftspflicht des alten deutschen Rechts geht dahin, daß seit jeher eine gesetzliche Haftung des Veräußerers bestanden habe.

Den schuldrechtlichen Charakter der Gewährschaftspflicht betont auch Rauch²⁴⁾, denn er betrachtet das Gewährschaftsverhältnis als ein Schuldverhältnis, das ohne weiteres von Rechts wegen als Nebenwirkung des Kaufes entstand.

b) Vertragliche Pflicht

Trotz der eindeutigen Stellungnahme der vorstehenden Autoren für eine gesetzlich begründete und privatrechtlich ausgerichtete Gewährschaftspflicht im Recht der fränkischen Zeit haben sie mit wenigen Ausnahmen doch auch eine Erscheinung gewürdigt, die sich im späten Mittelalter gezeigt hat. Sie haben ihre Aufmerksamkeit auch den vor allem bei der Auflassung in den Städten üblichen besonderen Gewährschaftsversprechen zugewandt.

Rabel²⁵⁾ hat diese Tatsache anerkannt. Er hat das Versprechen der Gewährschaft jedoch nicht als wesentlich für die weitere Entwicklung des Währschaftsrechts betrachtet und diese Erscheinung auch nicht für die frühere Zeit, für die keine Zeugnisse bekannt seien, übernommen. Auch Gierke²⁶⁾ geht davon aus, daß Gewährschaftsversprechen üblich waren. Aber auch er mißt ihnen keine rechtsbildende Kraft bei, da er sie nur dann für erforderlich betrachtet, wenn der Veräußerer eine gegenüber der ge-

23) Vgl. Merkel, Das Firmare des bayerischen Volksrechts, S. 160, besonders S.162

24) Vgl. Rauch, Gewährschaftsverhältnis und Erbgang, S.552

25) Rabel, a.a.O., S.202 Anm. 1

26) Vgl. Gierke, Privatrecht III, S.457; Schuld und Haftung, S.86 ff.

gesetzlichen Verteidigungspflicht erweiterte Verpflichtung übernehmen wollte. Ob Gierke Gewährschaftsversprechen schon für die Zeit der Volksrechte anerkennen will, erscheint fraglich. Seine Auffassung vom Grundsatz der gesetzlichen Haftung betont er jedenfalls durch die Ablehnung der Ansicht Konrad Beyerles²⁷⁾, der für das 13. und 14. Jahrhundert eine ausschließlich vertraglich begründete Gewährschaft behauptet.

Auch Löning²⁸⁾ läßt ein Nebeneinander von gesetzlicher und vertraglicher Währschaftsregelung zu und erklärt dies damit, daß im deutschen Rechtsleben eine von Rechts wegen eintretende Pflicht auch noch ausdrücklich versprochen werden konnte.

Ohne an der grundsätzlich bestehenden gesetzlichen Gewährschaftspflicht zu rütteln, läßt auch Rauch²⁹⁾ der Privatdisposition bezüglich der Gewährschaftsregelung dort Raum, wo das objektive Recht eine Lücke bot, um so den Gewährszug auch in den Fällen zu sichern, in denen er gesetzlich nicht vorgesehen war.

Zusammenfassend ergibt sich also, daß eine vertragliche Währschaftsregelung gegenüber der von Rechts wegen bestehenden lediglich als Ausnahme angesehen wird und daß eine rechtsgeschäftlich erfolgte Währschaftsbegründung erst für das Spätmittelalter Geltung haben soll.³⁰⁾

27) Vgl. Beyerle, Bespr. Rehme, S. 247 ff.

28) Vgl. Löning, a. a. O., S. 110

29) Vgl. Rauch, Gewährschaftsverhältnis und Erbgang, S. 545

30) Im Gegensatz zu diesen eindeutigen Äußerungen läßt es Merk, Grdst.-übertragung in Meersburg, S. 32, dahingestellt, ob die in den dortigen Quellen vorhandenen Währschaftsklauseln der Begründung oder der bloßen Anerkennung und Sicherung der Währschaftspflicht gedient haben und läßt damit die Streitfrage offen, ob im mittelalterlichen deutschen Recht die Gewährschaftspflicht des Grundstücksveräußerers von Rechts wegen galt oder erst im einzelnen Falle rechtsgeschäftlich begründet werden mußte.

3. Gewährschaftspflicht durch strafrechtlichen Zwang

Der Auffassung vom Gewährschaftsverhältnis als einem schon frühzeitig schuldrechtlichen Verhältnis hat H. Meyer seine Theorie vom strafprozessualen Charakter der Gewährschaftspflicht gegenübergestellt.³¹⁾ H. Meyer³²⁾ lehnt eine Gewährleistungspflicht des Verkäufers im germanischen Recht überhaupt ab. Die sog. Gewährleistungspflicht des älteren deutschen Rechts gehöre als gesetzliche Pflicht des Verkäufers gar nicht dem Gebiete des Schuldrechts an. H. Meyer meint, der germanische Kauf sei ursprünglich nur Handkauf gewesen, der lediglich eine Vermögensverschiebung bewirkt, aber keinerlei Spannungsverhältnis erzeugt habe. Wenn somit keine Leistungspflicht entstanden sei, folgert H. Meyer, habe sich auch keine schuldrechtliche Währschaftspflicht daraus ergeben können. Weder der Erbe noch der Veräußerer seien schuldrechtlich verpflichtet gewesen, die Sache zu schirmen. Lediglich die Nachteile in Gestalt des Diebstahlsverdachtess für den Fall verweigerter Schirmung hätten den Veräußerer gezwungen, seinerseits in den Prozeß einzutreten. Nur im Falle des Unterliegens sei eine Verpflichtung zur Rückzahlung des Kaufpreises an den Erwerber entstanden.

Die im spätmittelalterlichen Recht unmittelbar im Kaufvertrag wurzelnde Verpflichtung erklärt H. Meyer mit der Entwicklung aus den Währschaftsgelübden in den Grund-

31) Eine Zusammenfassung der vor allem von Hübner und Rabel vertretenen Lehren mit der These H. Meyers, wie dies Partsch, a.a.O., S. 92, versucht, erscheint mir nicht durchführbar, da H. Meyer, wie noch gezeigt wird, jede andere als strafprozessuale Deutung der Gewährschaftspflicht bis in die nachfränkische Zeit ablehnt.

32) H. Meyer, a.a.O., S. 993-1003

stücksgeschäften der fränkischen Zeit. Er billigt³³⁾ in diesem Zusammenhang die Auffassung Konrad Beyerles³⁴⁾, der für das bremische Stadtrecht eine gesetzliche Währschaftspflicht des Verkäufers ablehnt und annimmt, daß diese Pflicht durch besondere Währschaftsgelübde übernommen worden sei. H.Meyer erblickt hierin eine allgemeine Erscheinung und meint, daß das gleiche auch für das gesamte ältere Recht gegolten habe. Erst die ständige Wiederkehr der Währschaftsklauseln habe allmählich die Anschauung vom Bestehen einer gesetzlichen schuldrechtlichen Währschaftspflicht erzeugt.

Die Auffassung H.Meyers fand die Billigung durch A.Schultze³⁵⁾, womit wohl dessen frühere Ansicht³⁶⁾ von der Wurzel der Gewährschaftspflicht im Kaufvertrag als überholt und aufgegeben angesehen werden kann.

Der Darstellung H.Meyers von der Entwicklung der Währschaftspflicht folgen im wesentlichen auch die neueren Lehrbücher der Privatrechtsgeschichte.³⁷⁾

Auch die Ansicht Brunners zum Ursprung der Gewährschaftspflicht unterscheidet sich nicht wesentlich von der These H.Meyers, wenn er ausführt, daß infolge des ursprünglich strafrechtlichen Charakters der Liegenschaftsklage und des damit verbundenen Deliktswurfs der Urheber des Delikts, der Auktor, als Prozeßpartei den Rechtsstreit übernehmen mußte.³⁸⁾

33) H.Meyer, a.a.O., S.995

34) Vgl. K.Beyerle, Bespr.Rehme, S.248

35) Schultze, Bespr.Gillis, S.637 ff.

36) Vgl. Schultze, Gerüfte u.Marktkauf, S.61

37) Vgl. von Schwind, Deutsches Privatrecht, S.396, 397; Planitz, Privatrecht, S.150; Mitteis, Privatrecht, S.133; dazu noch Conrad, Dt.RG I. S.423

38) Vgl. Brunner, Dt.RG II., S.677, 678

4. Beurteilung und Gegenüberstellung der Lehren von der Gewährschaftspflicht

a) Bezüglich der Auffassungen, die bereits für die Zeit der Volksrechte als Wurzel der Pflicht zur Gewährschaftsleistung den geschlossenen Vertrag betrachten wollen, stellt sich freilich die Frage, ob eine solche Herleitung schon für jene Periode angenommen werden kann. Bei der damals noch geringen Ausbildung des Privatrechts, vor allem des Schuldrechts, muß vielmehr vermutet werden, daß das Gewährschaftsverhältnis seinen nicht zu leugnenden ursprünglich strafrechtlichen Charakter noch weitgehend bewahrt hatte. Der Gewährbruch war jedenfalls noch Delikt und verpflichtete zur Bußzahlung. Es erscheint daher nicht sachgerecht, der Gewährschaftspflicht lediglich schuldrechtlichen Charakter beizumessen, denn im Hintergrund stand ja eine strafrechtliche Drohung. Der Rechtsauffassung jener Zeit kommt man gewiß näher, wenn die Verpflichtung - allerdings ohne schuldrechtlichen Bezug - als im objektiven Recht verankert erklärt wird, wobei die vollzogene Tradition jeweils eine der tatbestandsmäßigen Voraussetzungen gebildet haben mag.³⁹⁾

Im Interesse einer klaren Trennung hinsichtlich Entstehung und wechselseitiger Abhängigkeit erscheint es ferner angebracht, die Pflicht zur prozessualen Schirmung und die sonstigen im Falle des Gewährbruches entstehenden Verpflichtungen zu unterscheiden. Der geschichtliche Rückblick ergibt, daß sich aus der prozessualen Schirmpflicht die Verschaffungspflicht entwickelt hat, wie sie das BGB verankert. Dazu konnte es kommen, weil die Gewere, die ja ursprünglich durch die Gewährung gesichert

39) Vgl. Goldmann, Tertia manus und Intertiation im Spurfolge- und Anfangsverfahren des fränkischen Rechtes, S.186

werden sollte, zunehmend als Ausdruck des in ihr erscheinenden Rechts aufgefaßt wurde.⁴⁰⁾ Demgegenüber muß die Rückzahlungspflicht im Falle des Gewährbruches, die im allgemeinen als zur Gewährschaftspflicht gehörig betrachtet wird⁴¹⁾, mit der Entwicklung der Schadensersatzpflicht in Verbindung gebracht werden, denn die Rückzahlung war von Anfang an neben der Buße als Sanktion gedacht.

Im Zusammenhang mit der Rückzahlungsverpflichtung des Verkäufers hat erstmals A.Schultze⁴²⁾ von einer materiellen Gewährschaftspflicht gesprochen und damit auf den Unterschied zur prozessualen Schirmpflicht hingewiesen. Materielle Gewährschaftspflicht und prozessuale Schirmlast stehen allerdings in enger Beziehung zueinander, setzt doch die erstere gerade eine Verletzung der letzteren voraus. Die geschichtliche Entwicklung läßt jedenfalls eine klare Trennung der beiden Verpflichtungen gerechtfertigt erscheinen.

Wenn sich auch, wie H. Meyer selbst bemerkt⁴³⁾, der im Spätmittelalter vorhandene Rechtszustand scheinbar zwanglos in den Gang der von ihm angenommenen Entwicklung einfügt, so erscheint es doch angebracht, auf einige Bedenken gegen seine Darstellung hinzuweisen.

Nach germanischer Auffassung, die auch noch im Mittelalter lebendig ist, stellt das Recht eine seit unvor-denklicher Zeit überkommene, unwandelbare Ordnung dar.⁴⁴⁾

40) Mitteis, Privatrecht, S.133

41) So von Gierke, Privatrecht III, S.458; Hübner, Privatrecht, S.578

42) A.Schultze, Gerüfte und Marktkauf, S.39, 40, 53

43) H.Meyer, a.a.O., S.1004

44) Vgl. Ebel, Gesetzgebung, S.14

Das Recht kann nicht geschaffen, nur gefunden werden. Die Rechtsfindung geschah durch Urteil und Weistum. Freilich war das Recht natürlichen und unvermeidbaren Veränderungen unterworfen. Aber trotz seiner Wandlungen erschien es den Rechtsgenossen als die von Anfang an unabänderliche Ordnung, denn was altes Recht war bestimmte praktisch die Erinnerungsfähigkeit des lebenden Geschlechts.⁴⁵⁾ Von der Anschauung des seit jeher vorhandenen Rechts war auch das Wesen des Rechtsgeschäfts geprägt. Nicht jede rechtsgeschäftliche Regelung konnte ursprünglich die Anerkennung der Rechtsordnung finden. Die Möglichkeit, im Wege des Rechtsgeschäfts einen neuen Zustand zu schaffen, war um so mehr erschwert, je stärker der bisherige Rechtszustand als Bestandteil der überkommenen Ordnung empfunden wurde.

Wenn der Gewährzug, wie H.Meyer annimmt, ursprünglich ein Mittel war zur Feststellung des Diebes und zur Reinigung des Verklagten vom Diebstahlsverdacht, dann war diese Vorstellung fest im Bewußtsein des Volkes verankert. Man sah zunächst gewiß keine Notwendigkeit, die Pflicht zur Gewährung auch rechtsgeschäftlich zu regeln. Es kann daher kaum angenommen werden, daß schon in fränkischer Zeit dieses Institut der Privatdisposition unterworfen und dadurch seiner ursprünglichen Bedeutung und Funktion entfremdet wurde. Gerade diese Zeit ist noch gekennzeichnet durch die Rechtsweisungen in Form der Weistümer, ein Beweis also, daß die ursprüngliche Anschauung vom Wesen des Rechts noch lebendig war.⁴⁶⁾ Bei dem zähen Festhalten am Altüberlieferten kann es also nicht als wahrscheinlich gelten, daß durch vertragliche Regelungen aus einem ursprünglich dem Strafrechts-

45) Ebel, Gesetzgebung, S.18

46) Auch die Volksrechte sind ja ihrer Grundform nach Weistümer, also Rechtsweisungen. Vgl. Ebel, Gesetzgebung, S.31,32

gang angehörenden Institut ein zivilrechtliches Institut geworden ist. Damit wird nicht ausgeschlossen, daß eine solche Änderung auf rechtsgeschäftlichem Wege möglich gewesen wäre, aber sie ist für die fränkische und die unmittelbar folgende Zeit sehr unwahrscheinlich.

b) Vergleicht man die beiden für die Herleitung der Gewährschaftspflicht wesentlichen Meinungen, die auch als ältere und jüngere Auffassung bezeichnet werden können, so läßt sich trotz der unterschiedlichen Ableitung der Gewährschaftspflicht zur Zeit der Volksrechte - aus einer schuldrechtlichen Wurzel auf der einen und aus einem strafprozessualen Grund auf der anderen Seite - für das späte Mittelalter eine übereinstimmende Auffassung über den gesetzlichen schuldrechtlichen Charakter der Währschaftspflicht feststellen. Betrachtet man diese Zeit mit ihrem unbestritten schuldrechtlichen Charakter der Währschaftspflicht und berücksichtigt man, daß die Währschaftspflicht eine prozessuale Schirmpflicht des Veräußerers dem Erwerber gegenüber beinhaltet, so wird daraus deutlich, daß es nicht angebracht ist, für diese Zeit und noch weniger für die ältere von einer Rechtsmängelhaftung zu sprechen, wenn dabei der heutige Sinn zugrunde gelegt wird. Davon kann so lange keine Rede sein, als das deutsche Recht noch nicht zu einer Rechtsverschaffungspflicht gelangt war. Dazu aber konnte es zunächst nicht kommen, weil der abstrakte Begriff des subjektiven Rechts noch nicht entwickelt war. Die Bezeichnung Gewährschaftspflicht, wie die Verpflichtung des Veräußerers kurz genannt wird, kennzeichnet also zutreffend die damalige Rechtslage, zeigt aber auch den Unterschied zum geltenden Recht.

III. Die Bürgschaft als Ausgangspunkt der mittelalterlichen Währschaftsregelung

1. Die Entwicklung des südfranzösischen Währschaftsrechts nach Partsch

Zu dem Problem der Haftung des Veräußerers für Rechtsmängel im Mittelalter hat auch Partsch⁴⁷⁾ auf Grund einer eingehenden Untersuchung südfranzösischer und spanischer Quellen Stellung genommen.

Der bisherigen Literatur macht Partsch den Vorwurf, zu sehr formelle Rechtsquellen herangezogen zu haben. Es sei, gestützt auf die Auslegung der Volksrechte und des Sachsenspiegels, eine geradlinige Rechtsentwicklung herausgearbeitet worden, bei der man jedoch die dazwischenliegenden urkundenarmen Jahrhunderte übergangen habe.⁴⁸⁾

a) Das Fehlen des Gewährnzuges

Nach Auffassung von Partsch haben die Volksrechte und das Anefangsverfahren nicht auf die Dauer die Grundlage für das mittelalterliche Währschaftsrecht geliefert. Den südfranzösischen Quellen des 9. bis 12. Jahrhunderts sei weder ein Gewährnuzug noch ein juristischer Terminus für den Gewährn bekannt.⁴⁹⁾ Partsch will nach dem Vorbild französischer Rechtshistoriker im 8. Jahrhundert die Zäsur zwischen der antiken Welt und dem eigentlichen Mittelalter ansetzen und von dieser Zeit ab eine besondere,

47) Partsch, Zur Entwicklung der Rechtsmängelnhaftung des Veräußerers nach mittelalterlichen südfranzösischen und spanischen Quellen, S. 87 ff.

48) Partsch, a.a.O., S. 98

49) Partsch, a.a.O., S. 136

vom Gewährschaftszug losgelöste Entwicklung des Währschftsrechts annehmen.⁵⁰⁾

b) Der Bürge als Träger der Gewährschaft

Partsch meint, entwicklungsgeschichtlich sei der Bürge der ursprüngliche Gewähr gewesen, der durch Treugelöbnis die Rechtsmängelhaftung übernommen habe. Nur der Bürge, aber nie der Veräußerer habe in Südfrankreich seit dem Jahre 900 Verpflichtung und Haftung für Rechtsmängel übernommen. Der Währschaftsbürge habe nicht akzessorisch neben dem Veräußerer, sondern allein für die Währschaftsschuld gehaftet. Partsch gelangt zu dem Ergebnis, daß es die Verpflichtung des Bürgen war, für den ungestörten Besitz des Erwerbers einzustehen und daß seine Haftung ihrem Umfang nach auf den einfachen Wert der entwerteten Sache oder auf Erstattung des Kaufpreises ging.

Für den Fall, daß der Veräußerer keinen Bürgen habe beibringen können, habe er die bisher vom Bürgen begründete Haftung als Selbstbürge übernommen. Aus der Selbstbürgschaft habe sich schließlich das Währschaftsgelöbnis des Veräußerers entwickelt, dem man im südfranzösischen Recht seit dem 12. Jahrhundert begegnet.⁵¹⁾

2. Die Beurteilung der von Partsch angenommenen Entwicklung des Währschaftsrechtes

Eine Stellungnahme zu der von Partsch dargestellten Entwicklung der Rechtsmängelhaftung muß weitgehend davon abhängen, ob der Gewährenzug, den Partsch⁵²⁾ auch in

50) Partsch, a.a.O., S. 152

51) Partsch, a.a.O., S. 106-117; S. 143-152

52) Partsch, a.a.O., S. 149

den spanischen Quellen vorfinden konnte, auch noch im späten Mittelalter als zentrales Institut der Gewährschaftsregelung bestätigt werden kann. Die Ergebnisse auf Grund von Quellenuntersuchungen bis zur Rezeptionszeit zeigen jedenfalls, daß der Gewährenzug auch im Spätmittelalter noch nicht aus dem deutschen Rechtsleben verschwunden ist.

So hat Planck⁵³⁾ den Gewährenzug auf der Grundlage des Sachsenspiegels gewürdigt und ihn auch in den damit verwandten Stadtrechten feststellen können. Der Gewährenzug findet sich nach den Untersuchungen W. Merks⁵⁴⁾ auch im Recht der Bodenseestadt Meersburg. Dort sei Inhalt und Ziel des Währschaftsanspruches im Regelfalle nicht die Eigentums- oder sonstige Rechtsverschaffung gewesen, sondern bloße Verteidigung, Schirmung gegen prozessuale Angriffe, insbesondere durch den Eintritt in den Prozeß.

Auch im Nürnberger Stadtrecht kommt der Gewährenzug vor.⁵⁵⁾ Wenn der Käufer von einem Dritten auf Grund besserer Rechte an der Kaufsache in Anspruch genommen wurde, hatte er nach Nürnberger Recht dem Verkäufer den Streit zu verkünden, worauf dieser ihn "im Recht vertreten" mußte.⁵⁶⁾

Weiterhin ist der Gewährenzug auch für Köln bestätigt.⁵⁷⁾ Die dortigen Quellen ergeben, daß die Währschaftsübernahme durch den Liegenschaftsveräußerer auf den Schutz gegen Angriffe abzielte, die dem Erwerber von dritter Seite drohen konnten.

53) Planck, Das Deutsche Gerichtsverfahren im Mittelalter, 1. Bd., S. 541

54) Merk, Grdst.übertragung in Meersburg, S. 34

55) Vgl. Wagenseil, Der römischrechtliche Gehalt des Nürnberger Schuldrechts, S. 97

56) Wagenseil betrachtet diese Regelung allerdings als rein verfahrensrechtlich. In Wahrheit dürfte sie das Endstadium der prozessualen Schirmpflicht darstellen.

57) Vgl. hierzu Conrad, Liegenschaftsübereignung und Grundbucheintragung in Köln während des Mittelalters, S. 123; K. Beyerle, Kölner Schreinswesen, S. 465

Die hier besonders interessierende Frage nach den Nachweisen des Gewährenzuges im bayerischen Recht muß ebenfalls bejaht werden. Wenn auch weder das Münchner Stadtrecht⁵⁸⁾ noch das Freisinger Rechtsbuch⁵⁹⁾ eindeutige Belege liefern, so ergibt sich der Fortbestand des Gewährenzuges im bayerischen Recht, soweit dazu formelle Rechtsquellen herangezogen werden, doch unzweideutig aus dem Bayerischen Landrecht von 1346, dessen Art.192 bestimmt:⁶⁰⁾

"Swër dem andern sein guot ze chauffen geit, ez sey aigen oder lehen, der sol dez sein gewer sein, und im ez vertigen und vertreten mit dem rechten, ob ez anspraech würd, alz dez landes recht ist, und der graffschaft, da ez inne gelegen ist, er hab ims gehaizzen oder nicht und naem er sein nicht schaden, den sol er im gaenczlich abtuon".

Diese Belege, die nicht durch einen räumlichen Zusammenhang gekennzeichnet sind, so daß ihr Beweiswert eingeschränkt werden müßte, könnten noch vermehrt werden.⁶¹⁾ Sie sind aber als ausreichend zu betrachten, um die Ansicht zu stützen, daß der Gewährenzug auch noch im Spätmittelalter den Inhalt der Gewährschaftspflicht gebildet hat.

-
- 58) Abgedr. bei Dirr, Denkmäler des Münchner Stadtrechts
59) Rechtsbuch des Ruprecht von Freising vom J.1328. Die Vorschriften des Rechtsbuches, die vom Schub reden, was nach Brunner Dt.RG II, S.655, Gewährenzug bedeutet, handeln nur von geraubten und gestohlenen Sachen, regeln also nur den typischen Anefang.
60) Abgedr. bei Freyberg, Sammlung historischer Schriften und Urkunden, 4.Bd., S.452
61) Vgl. Rabel, a.a.O., S.202 ff.

Nach allem scheint die von Partsch angenommene Entwicklung nicht den Anspruch der Ausschließlichkeit stellen zu können.

Nachdem nunmehr der Ausgangspunkt der Darstellung als geklärt betrachtet werden kann, gilt es, unter möglicher Berücksichtigung der zeitlichen Aufeinanderfolge das Urkundenmaterial der Freisinger Traditionen auf Nachweise für eine - gesetzliche oder vertragliche - Währschaftsregelung zu untersuchen.

2. KAPITEL

DIE STRAFKLAUSELN UND DIE STIPULATIONS- FORMELN

I. Die Strafklauseln der fränkischen Zeit und ihr Verhältnis zum Gewährschaftsversprechen

Die Freisinger Traditionsurkunden weisen von Anfang an Pönformeln in Gestalt von Androhungen weltlicher und geistlicher Strafen auf und bekunden damit eine Erscheinung, die von fast allen germanischen Stämmen, aber auch schon aus den schriftlichen Überlieferungen der antiken Kulturvölker bekannt ist.¹⁾

Von den unter dem Begriff der Pönformel zusammengefaßten Fluch- und Strafklauseln²⁾ können nur die letzteren für die vorliegende Abhandlung von Interesse sein, denn die Fluchklauseln, die lediglich kirchliche und jenseitige Strafen in Aussicht stellen, haben kaum privatrechtsgeschichtliche Bedeutung.³⁾ Im Gegensatz dazu er-

-
- 1) Studtmann, Die Pönformel der mittelalterlichen Urkunden, S.253; A.Schultze, Die langobard. Treuhand und ihre Umbildung zur Testamentsvollstreckung, S.122
 - 2) So Studtmann, a.a.O., S.287, 317; Boye, Über die Pönformeln in den Urkunden des früheren Mittelalters, S.129, 133
 - 3) Die Fluchklauseln der Freisinger Urkunden aus dem 8.Jhd. weisen die verschiedenartigsten Formulierungen auf. U.a. bestehen die angedrohten Strafen im Zorn Gottes: *inprimis iram dei incurrat*; So B.I.1, 2, 9, 20, 29, 33, 34, 44, 62, 63; in der ewigen Verdammnis: *anathematus sit...*; so B.I.7, 24c, 61, 101 oder in dem Ausschuß aus der Gemeinschaft aller Gläubigen: *et pariter habeat Juda traditore*; so B.I.55, 103

scheint eine besondere Betrachtung der Strafklauseln deshalb angebracht, weil schon wiederholt ein Zusammenhang mit dem Gewährleistungsversprechen behauptet worden ist. Hierher gehört die Annahme R.Lönings⁴⁾, daß sich die Strafklauseln aus dem den Germanen überlieferten römischen Urkundenwesen heraus im Zusammenhang mit der stipulatio duplae des Gewährleistungsversprechens entwickelt haben. Sie wurde durch Sjögren⁵⁾, der den Zusammenhang der Strafklauseln mit der römischen Konventionalstrafe untersucht hat, bestätigt. Auch A.Schultze⁶⁾ nimmt an, daß die Strafklauseln im Zusammenhang mit dem Gewährleistungsversprechen beim Kauf entstanden seien. Dieses Versprechen habe überhaupt nur im Gewande dieser Klauseln Eingang in das germanische Recht gefunden. Erst durch die Strafklauseln sei dem germanischen Verkaufsgeschäft obligatorische Wirksamkeit verliehen worden. Diese Auffassungen stützen sich zwar auf fränkische Urkunden, doch besteht kein Grund, sie deshalb für das bayerische Stammesgebiet abzulehnen, denn die räumliche Ausdehnung der typisch fränkischen Strafklausel soll auch das bayerische Gebiet umfassen.⁷⁾

II. Die Strafklauseln in den Freisinger Traditionen

In den Freisinger Traditionsurkunden begegnet die Strafklausel zuerst in den Schenkungen an die Kirche, welche bis zur Mitte des 9.Jahrhunderts die fast ausschließliche Form der Rechtsgeschäfte bildeten. Die Gläubigen, die bei diesen Schenkungen, den sog. donationes pro remedio

4) Löning, a.a.O., S.552, 561

5) Sjögren, Über die Römische Konventionalstrafe und die Strafklauseln der fränkischen Urkunden, S.104, 115

6) Schultze, Bespr.Sjögren, S.178

7) So Sjögren, a.a.O., S.101

animae, dem Gebot der Kirche folgten, wollten damit für ihr Seelenheil Vorsorge treffen.⁸⁾ Die Strafklausel bleibt nicht auf Schenkungen beschränkt, sondern findet sich auch vereinzelt bei Tauschgeschäften, allerdings nicht vor der Mitte des 9. Jahrhunderts.

Bei den Schenkungen überwiegt zunächst eine Strafklausel, die weitgehend dem Grundschemata entspricht, das Studtmann⁹⁾ für die fränkischen Urkunden seit dem 7. Jahrhundert entwickelt hat. Es wird damit die Anlehnung der bayerischen Urkunden an fränkische Urkundenformulare deutlich. Die Strafklausel einer Urkunde aus dem Jahre 748¹⁰⁾ mag als Beispiel dienen:

...Si ego ipse aut aliquis de heredibus meis
vel quislibet opposita vel extranea persona contra
hanc donationem venire aut eam frangere volu-
erit.... insuper una cum distringente fisco auri
libras III et argenti libras V coactus exsolvat
et quod repetit evindicare non valeat, sed pre-
sens donatio ista firma et stabilis permaneat
stipulatione subnexa.

Um den währschaftsrechtlichen Gehalt der Strafklauseln festzustellen, ist einmal der Kreis der durch die Klausel bedrohten Personen, dann die Art und Höhe der Strafe und schließlich das von der Sanktion bedrohte Verhalten näher zu betrachten.

8) Vgl. Hübner, Privatrecht, S. 785

9) Studtmann, a.a.O., S. 277

10) Vgl. B.I. 2 a. 749. Denselben Schema folgen mit fast gleichem Wortlaut auch die Strafklauseln in den Salzburger, Regensburger und Passauer Traditionen. Vgl. etwa Hauthale S. 898 (2, a. 785-788), S. 900 (4, a. 808), S. 901 (5, a. 816); Widemann 7 a. 792, 22 a. 826-830; Heuwieser 5a a. 754, 8 a. 744-788, 15 a. 788, 57 a. 803. Die Vielzahl und Vielgestaltigkeit der in den Freisinger Urkunden vorkommenden Strafklauseln weisen sie allerdings nicht auf.

1. Der von der Strafklausel erfaßte Personenkreis

Die Freisinger Urkunden erstrecken die Strafdrohung zunächst auf den Schenker, dessen Erben und jeden Dritten.¹¹⁾ Sie lassen mit dieser Regelung die aus den fränkischen Urkunden bekannten absolut gefaßten Strafklauseln erkennen, die im Gegensatz stehen zu den sog. relativen Strafklauseln, welche nur auf die Parteien beschränkt sind.¹²⁾ Die häufige Verwendung der Klauseln hat aber offenbar schon frühzeitig zu einer Vereinfachung und Verkürzung geführt. Trotz Erwähnung der Erben und der dritten Personen wird manchmal des Schenkers nicht mehr gedacht. Oft entfällt die Aufzählung der Personen überhaupt, und die Klausel beginnt mit dem unbestimmten "si quis".¹³⁾

Ob diese Veränderungen eine spezifisch juristische Bedeutung gehabt haben, ist auf Grund der Urkunden nicht zu entscheiden. Immerhin ist die Tatsache bemerkenswert, daß bei einer in zwei Fassungen überlieferten Urkunde¹⁴⁾ eine Ausfertigung ohne, die andere aber mit Schenker und Erben erscheint. Auch der Gedanke, daß eine Erwähnung des Schenkers zumindest bei den Schenkungen auf den Todesfall, den *donationes post obitum*, deshalb für entbehrlich gehalten wurde, weil dieser ja bis zu seinem Tode Eigentümer des geschenkten Gutes blieb¹⁵⁾,

11) Vgl. etwa B.I. 2, 6, 7, 108, 121b, 165, 204 ... a. 748/804
... Si ego ipse aut aliquis de heredibus meis vel
quislibet opposita vel extranea persona.
Vgl. ferner B.I. 17a, 762: Si quis vero quod fieri non
credo ego ipse aut aliquis ex heredibus meis vel
quis opposita persona; ähnlich auch B.I. 31, 36, 157,
177, 194, 199, 255 a. 769/804

12) Sjögren, a.a.O., S. 103

13) So B.I. 8, 10, 12, 15, 21, 22, 27, 33, 38, 39, 40, 41, 47, 75,
76, 98, 103, 113, 119, 121b, 129, 130, 131, 134, 161, 167,
200g a. 755/810

14) Vgl. B.I. 121a, 121b, ca. a. 788

15) Vgl. Hübner, *donationes p. obitum*, S. 47

kann zu keiner Deutung führen. Der Kirche stand immerhin bereits anwartschaftliches Eigentum und eine anwartschaftliche Gewere zu,¹⁶⁾ sie besaß also eine schutzwürdige Rechtsposition. Im übrigen zeigen auch die *donationes post obitum* zu dieser Frage kein einheitliches Bild.¹⁷⁾

Aus der veränderten Formulierung der Klauseln auf bestimmte juristische Konsequenzen zu schließen, erscheint daher nicht möglich. Weil jeder Verstoß gegen den Urkundeninhalt mit Strafe bedroht war, wird es auf die genaue Bezeichnung des in Frage kommenden Personenkreises nicht angekommen sein. Außerdem scheint man in den Bestimmungen des bayerischen Volksrechts¹⁸⁾ einen für alle Fälle ausreichenden Schutz erblickt zu haben.

2. Art und Höhe der Strafsummen

Hinsichtlich der Höhe der Strafen, die für eine Zuwiderhandlung angedroht sind, weisen die Klauseln ganz unterschiedliche Beträge auf.¹⁹⁾ Einmal wird die Strafe nach dem Wergeld bemessen.²⁰⁾ Oft wird auch auf das bayerische Volksrecht Bezug genommen, wenn es heißt "*componat sicut lex est*"²¹⁾. Eine gleiche Bezugnahme dürfte auch in den Fällen vorliegen, in denen die Strafsumme mit "*solvat quod iustum est*"²²⁾ umschrieben ist. Manche Klau-

16) Hübner, Privatrecht, S.208; Gierke Privatrecht III, S.201

17) Das zeigt z.B.B.I. 170 a.794

18) Gemeint ist Lex Bai.I.1: Si quis aliqua persona contra res ecclesiae iniuste agere voluerit ... sive ille qui dedit, vel de heredes eius, aut aliquiscumque homo praesumpserit, ... iudice terreno persolvat auri uncias III, et illas res ecclesiae reddat et alia similia addat ...

19) Vgl.dazu etwa B.I.2 a.748: una cum distringente fisco auri libras III; B.I.6 a.752: auri libras V; B.I.9 a.757: auri libras X argenti libras X; B.I.15,17 a.760/762: et in fisco culpabilis soldos CCCC existat;

20) Vgl. B.I.8 a.755

21) Vgl.dazu B.I.21,27,36,40,98,113,119,130,131,134,161,165,167,255,a.764/807

22) Vgl.B.I.75,76,108,a.776/ca.782

seln sehen Zahlungen bzw. Ersatzleistungen an Fiskus²³⁾ und Vertragspartei vor²⁴⁾, andere wieder beschränken sich auf Geldbeträge oder materielle Ersatzleistungen lediglich zugunsten der Kirche, ohne eine weltliche Strafe zu erwähnen.²⁵⁾

3. Das mit Strafe bedrohte Verhalten

Von besonderem Interesse im Hinblick auf einen währschaftsrechtlichen Gehalt der Strafklauseln in den Freisinger Urkunden ist das Verhalten, für das eine Strafe angedroht ist. Der Wortlaut der Klauseln zeigt auch hierin kein einheitliches Bild. Es überwiegt die Formulierung, die ein Vorgehen beliebiger Art gegen die Schenkung unter Strafe stellt²⁶⁾, wobei allmählich eine Verkürzung des Wortlauts festzustellen ist, bis das durch Strafe geschützte Rechtsgut nur noch mit "hoc" umschrieben wird.²⁷⁾ Einmal wird eine Zuwiderhandlung gegen die Schenkung und die darüber ausgestellte Urkunde ausdrücklich unterschieden.²⁸⁾ Oft begegnet in den Urkunden auch der Fall, daß lediglich ein

Angriff ge-

23) Bluhme, a.a.O., S.221 sieht in der Strafsumme für den Fiskus ein Mittel, durch das man sich die Unterstützung durch die richterliche Gewalt sichern wollte, ähnlich der griech. Fiskalmult. A.A. Löning, a.a.O., S.582, der die Summe, die für den Fiskus bestimmt ist, als den gesetzlichen Anteil des Richters an der Buße betrachtet.

24) Vgl. B.I. 200 g a.810: ...et sancti Petri et in fisco XL solidos componat..... Für Tauschverträge vgl. B.I. 671 a.845:inferat parti contra quem litem intulerit distringente fisco auri libras II, multa componat; ähnlich B.I. 729, 731, 736 a.851/853

25) Vgl. B.I. 14 a.759: sibi vindicet damnum quia alienam invasit..., B.I. 23, 31 a.765/769: et cui litem intulerit solidos quingentos coactus exsolvat...; B.I. 199, 204; a.804: et duplum ad ipsa casa dei restituet...

26) Vgl. B.I. 1 a.744: ...contra haec donationem venire vel frangere voluerit; ähnlich B.I. 2, 6, 7, 8, 9a, 12, 22, 36, 165, 194, 199 a.748/804. Für Tauschverträge vgl. B.I. 671 a.845: quae contra hanc commutationem... venire aut eam infringere conatus fuerit...

27) Vgl. B.I. 27, 255 a.765/807

28) B.I. 38 a.770

gen die über das Rechtsgeschäft errichtete Urkunde Strafe oder Ersatzleistung nach sich ziehen soll.²⁹⁾

Für die Deutung dürfte ausschlaggebend sein, daß die Kirche weniger eine Verletzung des Rechtsgeschäfts, das ja in allen diesen Fällen bereits seine Erfüllung gefunden hatte, befürchten mußte als vielmehr die Beeinträchtigung oder gar den Verlust des erworbenen Gutes. Der germanischen Rechtsauffassung wird man nur dann gerecht, wenn man den durch das Rechtsgeschäft herbeigeführten Rechtszustand als durch die Strafdisposition geschützt ansieht.³⁰⁾

Wenn die Strafklauseln scheinbar entweder nur die Tradition oder die Urkunde in ihren Schutz einbeziehen, so muß dies mit dem der Liegenschaftsübereignung der fränkischen Zeit eigentümlichen engen Zusammenhang zwischen Rechtsgeschäft, Urkunde und Rechtserfolg erklärt werden.³¹⁾ Ein juristischer Unterschied braucht daraus nicht zu folgen.

Die Strafklauseln in den Schenkungsurkunden hören mit dem Beginn des 9. Jahrhunderts auf. Die letzte Schenkungsurkunde, die eine Strafklausel enthält, datiert vom 13. Juni 807.³²⁾ In einzelnen Tauschurkunden um die Mitte des 9. Jahrhunderts erlebt die Strafklausel noch einmal eine kurze Blüte, bevor sie dann endgültig aus den Urkunden verschwindet.³³⁾

29) vgl. hierzu etwa B.I. 10 a. 757: ...contra haec epistolam fraude temptare conaverit; ähnlich B.I. 23, 31 a. 765/769 B.I. 40 ca. a. 770: ...hanc cartulam corrumpi voluerit; ähnlich B.I. 75, 76, 108a, 113, 134, 161 a. 776/ca. 779; B.I. 177 a. 799: ...contra huius traditionis firmitatem frangendi repertus fuerit; ähnlich B.I. 200g, 215 a. 810/ca. 804

30) So Sjögren, a.a.O., S. 132

31) Das zeigt nicht zuletzt die "traditio per cartam", die Liegenschaftsübereignung mittels Urkundenbegebung. Vgl. Brunner, RG d. Urk., S. 60 ff., 113 ff.; Brunner, RG I S. 568 ff. Vgl. ferner Schultze, Bespr. Sjögren, S. 179.

32) B.I. 255 a. 807

33) B.I. 671, 729, 731, 736 a. 845/853

III. Die Stipulationsformel in den Freisinger Traditionen

Im Zusammenhang mit den Strafklauseln ist auch die Stipulationsformel zu würdigen, die häufig den Abschluß der Strafklausel bildet.³⁴⁾ Die Stipulationsformel findet sich aber auch an anderen Stellen der Urkunden, ohne daß ein Zusammenhang mit der Strafklausel erkennbar ist.³⁵⁾

Auch für die Stipulationsklausel wurde ein Zusammenhang mit einem Währschaftsgelöbnis des Veräußerers behauptet. Zoepfl³⁶⁾ hat die Formel "stipulatione subnixa" als rechtsförmliches Währschaftsversprechen gedeutet, W.Merk³⁷⁾ schließlich betrachtet sie als Beurkundung eines zu Währschaftszwecken abgeschlossenen Strafgedinges.

Auch die Stipulationsformel folgt dem Schicksal der Strafklauseln, denn sie kommt seit der Mitte des 9. Jahrhunderts in den Urkunden nicht mehr vor.³⁸⁾

IV. Die währschaftsrechtliche Beurteilung der Strafklauseln und der Stipulationsformeln

1. Die Strafklauseln

Als Ergebnis kann somit festgestellt werden, daß die Strafklauseln der Freisinger Urkunden keinen Anhaltspunkt für einen Zusammenhang mit einem Währschaftsversprechen bieten.

34) Vgl. B.I.1: ...et donatio firma et stabilis permaneat stipulatione subnexa; für Tauschurkunden B.I.671,729, 731,736 a.845/853. In dieser Form erscheint die Stipulationsformel auch in den Salzburger, Regensburger und Passauer Urkunden. Vgl. z.B. Hauthaler S.899 (4,a.808), S.909 (18,ca.a.808); Widemann 9 a.792-816, 28 a.837; Heuwieser 15 a.788, 57b a.803.

35) Vgl. B.I.7 a.754: Im Anschluß an die Aufzählung der tradierten Gegenstände.....ut haec donatio firma atque stabilis permaneat stipulatione subnexa; ähnlich B.I. 47,120,409,426 a.772/819

36) Zoepfl, *Altertümer des deutschen Reichs und Rechts*, Bd.2, S.350 ff.

37) Merk, *alemann.Grdst.übertragung*, S.153

38) Den Abschluß bildet die Tauschurkunde B.I.736 a.853

Die Strafklauseln enthalten weder einen Hinweis auf eine Schirmpflicht des Veräußerers noch lassen sie eine Regelung der Rechtsfolge des Gewährbruches erkennen. Aus den wenigen Urkunden³⁹⁾, die eine Ersatzleistung in doppelter Höhe erwähnen, kann allein noch nicht auf einen Zusammenhang mit einer unterlassenen Währschaftsleistung geschlossen werden, zumal das Duplum nie als Straffolge des Gewährbruchs bezeichnet wird.

Daß trotz der wenigen Belege die doppelte Ersatzleistung eine für die Strafklauseln nicht seltene Erscheinung war, wird deutlich, wenn man das Verhältnis dieser Klauseln zu den Volksrechten betrachtet. Im 8. Jahrhundert fanden die Strafklauseln Eingang in das geschriebene Recht.⁴⁰⁾ Auch das bayerische Recht⁴¹⁾ ging dazu über, die Klausel zu ersetzen, indem eine gesetzliche Einheitsstrafe bestimmt und eine Ersatzpflicht gegenüber der Kirche festgelegt wurde. Bemerkenswert ist hierbei, daß das bayerische Volksrecht den Umfang der Ersatzleistung in einer Weise ausgedrückt hat, die dem Duplum entspricht, wenn es heißt "et illas res ecclesiae reddat et alia similia addat...". Ob sich hier lediglich die formale Herleitung der Strafklausel aus der römischen Gewährleistungsklausel äußert oder ob diese Gesetzesstelle ältestes bayerisches Recht darstellt⁴²⁾ - woraus zu folgen hätte, daß das Duplum der Klauseln überhaupt keine Beziehung zu einer Währschaftsregelung aufweisen könnte -, kann aber für die vorliegende Untersuchung unerörtert bleiben, denn für währschaftsrechtliche Betrachtun-

39) Beispiele sind die Urkunden B.I.199,204 a.804

40) Vgl.Boye, a.a.O.,S.136

41) Lex Bai.I,2

42) Rabel,a.a.O.,S.291,vermutet in der entsprechenden Ersatzleistung in Lex Bai.XVI,12 ältestes bayerisches Recht.

gen kommt diese Stelle nicht in Frage.

Wenn somit feststeht, daß die Strafklauseln in den Freisinger Urkunden keinen Zusammenhang mit einer Regelung der Gewährschaft erkennen lassen, so bestätigt dieses Ergebnis die Erkenntnisse, wie sie bereits für die fränkischen Urkunden gewonnen wurden.⁴³⁾ Wie die Strafklauseln in den fränkischen Urkunden, so enthalten auch die der Freisinger Traditionsurkunden - und dieser Befund kann wohl als charakteristisch für die Urkunden des bayerischen Stammesgebietes betrachtet werden - lediglich eine absolute Strafdrohung. Eine Gewährleistungspflicht des Veräußerers für das Verhalten eines Dritten ist dagegen den fränkischen⁴⁴⁾ wie den bayerischen Urkunden unbekannt.

Der Umstand, daß im Gegensatz dazu die italienisch-langobardischen Urkunden fast regelmäßig die Defensionspflicht des Veräußerers erwähnen und eine Strafe für den Fall verweigerter Schirmung androhen⁴⁵⁾, läßt den Schluß zu, daß im deutschen Recht der fränkischen Zeit die Währschaftsleistung noch nicht Gegenstand einer vertraglichen Regelung war. Wenn das langobardische Recht bereits Währschaftsversprechen, wenn auch noch im Gewande der Strafklauseln, gekannt hat, so muß dies auf die fortgeschrittenere Entwicklung des langobardischen Rechtssystems⁴⁶⁾ zurückgeführt werden.

Obwohl die Strafklauseln der Freisinger Urkunden - sie stimmen darin mit den fränkischen Urkunden überein - kein Versprechen des Veräußerers erkennen lassen, die dem Erwerber übertragene Gewere gegen Angriffe Dritter

43) Vgl. insbes. Boye, a.a.O., S. 89; dazu Partsch, a.a.O., S. 103

44) So für die fränkischen Urkunden Partsch, a.a.O., S. 103. Daß die auf Grund der Freisinger Urkunden gewonnenen Ergebnisse für das bayerische Gebiet verallgemeinert werden dürfen, zeigen die Belege aus den Salzburger, Regensburger und Passauer Traditionen. (Vgl. S. 26, Anm. 10)

45) Boye, a.a.O., S. 88, 89; Löning, a.a.O., S. 540; Studtmann, a.a.O., S. 281

46) Mitteis, Dt. RG, S. 63, 64

zu verteidigen, so verdient doch die Tatsache Beachtung, daß sie jede Anfechtung seitens des Veräußerers mit Strafe bedrohen. Hierin äußert sich im Grunde das Versprechen des Veräußerers, sich jedes Angriffs zu enthalten. Nach dem Befund, den die Strafklauseln liefern, scheint gerade dieses Verhalten des Veräußerers die primäre Vertragspflicht geworden zu sein.⁴⁷⁾ Diese Pflicht ist auch im späten Mittelalter anerkannt und wird oft neben der Währschaftspflicht erwähnt.⁴⁸⁾ Die Annahme A.Schultzes⁴⁹⁾, daß das Gewährleistungsversprechen bei den Germanen im Gewande der Strafklauseln Eingang gefunden habe, findet somit in den Freisinger Urkunden keine Bestätigung. Dagegen liefern die Freisinger Traditionen einen Beweis dafür, daß das Versprechen des Veräußerers, seinerseits bei dem erfüllten Vertrag stehenzubleiben und jeden Angriff zu unterlassen⁵⁰⁾, in den Strafklauseln erstmalig Ausdruck gefunden hat. Diese privatrechtsgeschichtliche Bedeutung der Strafklauseln verdient Beachtung im Hinblick auf die noch folgenden Ausführungen.

2. Die Stipulationsformeln

Ebensowenig wie die Strafklausel kann die Stipulationsformel mit einem Währschaftsversprechen in Verbindung gebracht werden. Die Urkunden erbringen keinen Beweis dafür, daß diese Formel die Beurkundung eines Währschaftsgedinges darstellt. Für einige Urkunden⁵¹⁾ scheint die Deutung Brunners⁵²⁾, der die Formel "stipulatione subnixa" auf den Beurkundungsakt durch Zeugen und Aussteller be-

47) So Gierke, Privatrecht III, S.435, wenn auch ohne Bezugnahme auf die Strafklauseln

48) Vgl. Merk, Grdst.übertragung in Meersburg, S.212; K.Beyerle, Kölner Schreinswesen, S.464,465

49) Schultze, Bespr. Sjögren, S.178

50) So Schultze, Bespr. Sjögren, S.178

51) Vgl. B.I.1,2,6, a.744/752

52) Brunner, RG d.Urk., S.224

zieht, zuzutreffen. In den meisten Fällen aber - das folgt aus der oft beziehungslos wirkenden Stellung der Formel innerhalb der Urkunden - wird die Formel einfach nachgeschrieben worden sein.⁵³⁾ Das Vorkommen der Formel wäre damit ebenso zu erklären wie andere gedankenlos übernommene Reminiszenzen aus römischen Urkunden, die in den Freisinger Traditionsurkunden nachgewiesen sind.⁵⁴⁾

53) Vgl. Redlich, Privaturkunden, S.36; von Voltelini, Die Fluch- und Strafklauseln mittelalterl. Urk. und ihre antiken Vorläufer, S.65

54) Hier ist insbesondere die Wendung "sub die consule..." zu nennen. Vgl. etwa die Urkunden B.I.23,28,29,33 a. 765/769

3. KAPITEL

DER GEWÄHRENZUG IN DEN FREISINGER

TRADITIONEN

I. Nachweise des Gewährenzuges in Gerichtsurkunden

1. Die Prozesse der Freisinger Kirche

Die vor allem im 8. Jahrhundert in großer Zahl durchgeführten Vergabungen zugunsten der Kirche waren in der Folgezeit häufig der Anlaß für mancherlei Streitigkeiten. Es waren allerdings nicht die Schenker selbst, die, reumütig geworden, den Besitzstand der Kirche bedrohten. Es zeigt sich vielmehr, daß die Schenkungen vorwiegend den Angriffen der Verwandten und dritter Personen ausgesetzt waren, die entweder die tradierten Güter gewaltsam in ihren Besitz brachten oder durch Klage in ihren Gewahrsam zu bringen suchten. Ob diese Schritte von wartberechtigten Erben unternommen wurden, kann nicht eindeutig entschieden werden. Nach den Untersuchungen Adlers¹⁾ scheint gerade eine solche Berechtigung verneint werden zu müssen, soweit es sich bei den Prätendenten um Erben gehandelt hat. Denn der volksrechtlich (Lex Bai. I,1) vorgeschriebenen Abteilungspflicht bei Vergabungen wurde entweder durch vorherige Erbaufteilung entsprochen oder durch eine förmliche Zustimmung der Erben Rechnung getragen. Die Freisinger Urkunden aus dem 9. Jahrhundert berichten ausführlich von den Rechtsstreitigkeiten als Folge von angemäßigtem oder beanspruchtem Grundbesitz. Je nach der Beschaffenheit des einzelnen Falles befand sich die Freisinger Kirche daher bald auf der Klägerseite, bald in der Rolle der beklagten Partei.

1) Adler, Über das Erbenwartrecht nach den ältesten bayer. Rechtsquellen, S. 65, 66, 81 ff.

Die Prozesse, die nach den Aussagen der Urkunden hauptsächlich vor dem Missat - und dem Grafengericht²⁾ geführt wurden, richteten sich formell und materiell nach bayerischem Recht, hatten also dessen Besonderheiten Rechnung zu tragen.³⁾

2. Der Liegenschaftsprozeß der Lex Baiuvariorum

Das Gewährschaftsverfahren im Liegenschaftsprozeß der Lex Baiuvariorum folgt zwar grundsätzlich dem der anderen Volksrechte, zeigt aber auch einige Eigentümlichkeiten.

Wie in den anderen Stammesrechten hatte der Käufer eines Grundstücks, dem dieses von einem Dritten abgestritten wurde, dem Verkäufer zunächst ordnungsgemäß den Streit zu verkünden.⁴⁾ Dieser hatte daraufhin auf Grund seiner Gewährschaftspflicht dem Käufer die rechtsförmliche Firmation, eine dem bayerischen Recht eigentümliche Handlung, zu versprechen. Der Termin zur Vornahme der Firmation mußte nach einer Frist von sieben Nächten vor Ge-

2) Obwohl das alte bayer. Recht im allgemeinen keine Unterschiede in den Zuständigkeitsbereichen des Grafen und des Zentenars kannte, spielt für die Prozesse mit der Kirche fast nur das Grafengericht eine Rolle. Vgl. Wohlhaupter, Hoch- und Niedergericht in der mittelalterlichen Gerichtsverfassung Bayerns, S. 164 ff.

3) So heißt es in der Urkunde B.I. 475 a. 822 von der Tätigkeit des Richters: *Inprimis Kisalhardus publicus iudex sanxit iuxta legem Baiuvariorum ad iustitiam...* Obwohl das missatische Gericht nach der Gerichtsverfassung dem Königsgericht gleichstand, lassen die Gerichtsurkunden keine Abkehr vom Formalismus des volkrechtlichen Verfahrens erkennen, Vgl. Schröder-Künßberg, Deutsche Rechtsgeschichte, S. 187

4) Vgl. zum Ganzen Lex Bai. XVI, 17: *De his qui propriam alodem vendunt vel quoscunque res et ab emptore alter abstrahere voluerit et sibi sociare in patrimonium, tunc dicat emptor ad venditorem: "Terram" aut quascunque fuerit res, "abstrahere mihi vult vicinus meus" aut quis fuerit.*

richt stattfinden.⁵⁾ In diesem Termin hatte sich der Veräußerer gegen die Behauptung des Dritten, daß er unrechtmäßig fremdes Eigen übertragen hätte, zu verteidigen.⁶⁾ Hierauf nahm der Verkäufer entweder sofort oder in einem neuen Termin die Firmation vor, die in einer Wiederholung der Investitur unter dreimaliger Zusicherung ihrer Rechtmäßigkeit bestand. Während er mit der rechten Hand dem Käufer das Investitursymbol übergab, reichte er mit der linken Hand dem Kläger ein wadium, das dieser an den Bürgen des Verkäufers weitergab.⁷⁾ Unterlag der Verkäufer im Beweisverfahren, so mußte er, da die Investitur dem Beklagten ja kein Eigentum verschafft hatte, das Grundstück an den Kläger herausgeben und eine Buße von 12 solidi entrichten.⁸⁾

-
- 5) Et iste respondit: "Ego quod donavi, cum lege integra et verbis testificatione firmare volo". Super VII noctes fiat constitutum.
- 6) Si dicat, cum utrique utrasque partes conveniunt: "Cur invadere conaris territorium quam ego iuste iuris hereditatis donavi?" et ille alius contra: "Cur meum donare debuisti qui mei antecessores antea tenuerunt?" iste vero dicit: "Non ita, sed mei antecessores tenuerunt et mihi in alodem reliquerunt et vestita est illius manu cui tradidi, et firmare volo cum lege".
- 7) Si statim voluerit, liberam habeat potestatem; sin autem, postea super III dies aut V aut certe VII ea ratione firmet: Per IV angulos campi aut designatis terminis per haec verba tollat de ipsa terra vel aratrum circumducatur vel de herbis aut ramis, silva si fuerit: "Ego tibi tradidi et legitime firmabo"; per ternas vices dicat haec verba et dum dextra manu tradat, cum sinistra vero porrigat wadium huic qui de terra ipsa eum mallat, per haec verba: "Ecce wadium tibi do, quod tuam terram alteri non do legem faciendi." Tunc ille alter suscipiat wadium et donet illud vicessoribus istius ad legem faciendi.
- 8) Si causa fuerit inter illos pugnae, dicat ille qui wadium suscepit: "Iniuste territorium meum alteri firmasti"... "ipsum mihi debes reddere et cum XII solidos componere". Tunc spondeat pugna duorum et ad dei pertineat iudicium. Sin autem, cum sacramento se defendat, id est cum XII, quod suam terram iniuste non firmasti alteri nec suae ditioni restituere deberetur nec cum XII solidis componere

Gegenüber dem Mobiliarprozeß, in dem eine Übertragung der Sache an den Gewähren vorgenommen wurde, bestand also die Besonderheit der Firmation darin, daß die Investitur seitens des Verkäufers an den Beklagten erfolgte. Durch die Vornahme der Firmation erkannte der Verkäufer nicht nur die früher von ihm vollzogene Veräußerung förmlich an, sondern erbrachte zugleich auf anschauliche Art den Nachweis, daß der Deliktsvorwurf gegen den Beklagten nicht berechtigt war.⁹⁾

Die hier vom bayerischen Volksrecht geschilderte Förmlichkeit hinsichtlich des wadium deutet auf die Übernahme einer Haftung für die Restitution des Grundstücks und die Zahlung der Bußschuldsumme im Falle des Unterliegens hin. Bestritten ist allerdings, ob der Formalismus lediglich zur Bürgenhaftung geführt hat¹⁰⁾ oder ob der Verkäufer damit selbst eine Haftung übernehmen wollte.¹¹⁾ Die geschilderte Förmlichkeit läßt eigentlich die Übernahme einer Bürgschaft vermuten.

Die Stelle XVI c.17 der Lex Baiuvariorum spricht zwar nur vom Verkäufer und Käufer, doch besteht kein Zweifel, daß dieses Verfahren auch dann Anwendung fand, wenn ein Gut durch Schenkung erworben worden war.¹²⁾ Gerade ein solcher Erwerb liegt den meisten der Freisinger Urkunden zugrunde, die von Liegenschaftsprozessen berichten.

9) Hübner, Immobilienprozeß, S.117; Voser, Die altdeutsche Liegenschaftsübereignung, S.140

10) So von Amira, Die Wadiation, S.9

11) Gierke, Schuld und Haftung, S.305

12) Die rechtliche Gleichbehandlung von Kauf und Schenkung im Falle des Gewährnzuges belegt ausdrücklich Lex Bai. XVI,13: "Simili modo qui propria donaverit cuiusdam iniustus machinamentis sibi sociare quam numquam tenuerat."

3. Der Inhalt der Gerichtsurkunden

Ob die Freisinger Gerichtsurkunden Hinweise auf einen Gewährenzug enthalten und inwieweit sie den Förmlichkeiten von Lex Bai.XVI, 17 Rechnung tragen, soll nun anhand des einschlägigen Urkundenmaterials festgestellt werden.

a) Ein anschauliches Beispiel für den Gewährenzug im älteren bayerischen Recht und das damit im Zusammenhang stehende "firmare - Verfahren" gibt eine Gerichtsurkunde vom Jahre 829.¹³⁾ Dieser Urkunde können wir folgenden Sachverhalt entnehmen:

Alprih hatte der Freisinger Kirche seinen Besitz in dem Ort Schmiechen geschenkt.¹⁴⁾ Danach klagte ein gewisser Chonratus gegen das Freisinger Bistum auf Herausgabe. Die beklagte Kirche bezog sich daraufhin auf ihren Gewähr Alprih, der auch in den Prozeß eintrat. Er konnte aber den Besitz der Kirche nicht bestätigen, so daß die Güter zu Schmiechen an Chonratus herausgegeben werden mußten.¹⁵⁾ Als Buße für diese unrechtmäßige Schen-

13) Es handelt sich um das vielerörterte Placitum B.I. 579 a.829; Vgl. Löning, a.a.O., S.113; Hübner, Immobilienprozeß, S.118; Brunner, Dt.RG II, S.679, Anm.34

14) B.I.579: ...Hittoni venerabilis episcopi advocatus nomine Spulit quaesivit ad cuidam viro nomine Alprih cuncta aequalia sicut ille traditum habuit ad Frisinga sanctae Mariae (= s.M.= Domkirche zu Freising), illum dictum locum Smeoha cum omnibus ad ipso pertinentibus vico.

15) B.I.579: Et (Alprih) hanc ipsam traditionem ad ipsa casa dei firmare et stabilire non potuit, sed iterum de manu supra nominati advocati illam traditionem suscepit et Chonrato dimisit in proprium.

kung übertrugen Alprih und seine Söhne der Freisinger Kirche ihren Besitz zu Alling.¹⁶⁾ Diese Urkunde bestätigt somit das volksrechtlich vorgeschriebene "firmare-Verfahren" im Rahmen des Gewährenzuges. Sie erbringt aber auch den Beweis, daß der Gewährenzug nahezu ein Jahrhundert nach Inkrafttreten des bayerischen Volksrechtes noch immer die ursprüngliche Form aufweist.

b) Nach diesem eindeutigen Beleg für einen im bayerischen Recht noch immer vorhandenen Gewährenzug gilt es nun zu untersuchen, ob nicht auch andere Gerichtsurkunden einen Nachweis erbringen können.

Diesen Urkunden, die durchwegs von Liegenschaftsprozessen berichten, ist gemeinsam, daß mit der Klage fast regelmäßig ausdrücklich die Behauptung verbunden ist, der Beklagte habe die streitigen Güter unrechtmäßig in Besitz.¹⁷⁾ In der Klagebehauptung wird also sichtbar, daß

16) B.I.579: ...Anzo missus domni regis iussit A.legaliter iustitiam facere episcopo et advocato eius pro eo quod illam traditionem ad ipsa casa dei firmare nequiverat. Tunc supradictus A.et filii eius H.et H.simul cum eo donaverunt in manus episcopi H.et advocati eius S.talem proprium quod habuerunt ad Allingas, hoc est.....et ista omnia hic notata donaverunt pro compositionem et iniustitiam quam fecerat ad ipsa casa dei....

Ob auch die Salzburger Urkunde Hauthaler S.609 (51 a.1146) als Nachweis des Gewährenzuges gelten darf, muß wegen ihres knappen Inhalts zweifelhaft bleiben: Der Kleriker P. hatte sein Gut der Salzburger Kirche übertragen. Auf Einsprache seiner Neffen hin gelang es ihm, "traditionem iustam esse comprobare", womit jedenfalls seine Beteiligung an dem Rechtsstreit, wie sie im Falle des Gewährenzuges erfolgen müßte, feststeht.

17) Die Behauptung der deliktischen Besitzerlangung kommt besonders deutlich in der Klagformel in B.I.703 a.849 zum Ausdruck: ..."Dimitte traditionem quam Erchanfrid fecit iam olim ad domum s.M.et postea iniuste abstraxit.. ." Vgl.ferner B.I.183 a.802,186 a.802, 227 a.806,235 a.806,258 a.807, 463 a.822, 475 a.822, 507 a.824. Die Salzburger,Regensburger und Passauer Urkunden, die von Prozessen berichten, bleiben zahlenmäßig und hinsichtlich ihrer Ausführlichkeit weit hinter den Freisinger Urk.zurück. Der deliktische Charakter der Herausgabeklage kommt ähnlich wie in den Freisinger Urk. zum Ausdruck. Vgl.etwa Hauthaler, S.811 (84 a.1170);Widemann 791 a.1132; Heuwieser 50 a.800-804, 78 a.821.

die Liegenschaftsklage ihren ursprünglich strafrechtlichen Charakter noch nicht vollständig überwunden hat.¹⁸⁾ Wenn das auf eine solche Klage hin ablaufende Verfahren erkennen läßt, daß der Beklagte sich tatsächlich durch eine unerlaubte Handlung in den Besitz der Sache gesetzt hat, so bleibt für einen Gewährzug kein Raum. So berichtet eine Urkunde vom Jahre 807:¹⁹⁾

Vor dem Gericht in Föhring trat der Vogt des Bischofs Atto von Freising auf....et interpellat quendam hominem nomine Oadallant de una ecclesia et casa ad ipsa pertinente...quod iniuste abstulisset....ipse contradicebat non ita fecisse. Tunc iuraverunt isti sacramentum quod inde veritatem dicere deberent, hoc est A.,M.,S.... Post sacramentum dixerunt, quod ipsa ecclesia haberet iniuste per prisem et per legem reddere deberet. Et reddidit eam...

So wie diese Urkunde von vornherein für einen Nachweis des Gewährzuges auszuschneiden hat, weil der Beklagte neben dem Leugnen des Klaganspruchs keinen Erwerbsgrund zu seiner Verteidigung angegeben hat, sind auch die Fälle für einen Nachweis ungeeignet, in denen die beklagte Partei zwar Eigentum und rechtmäßigen Besitz behauptet, ohne daß ein derivativer Erwerbsgrund angegeben wird, oder aber sich lediglich auf Erbrecht beruft.²⁰⁾ Solange ein

18) Vgl. Hübner, Immobilienprozeß, S. 34 ff.

19) B.I. 251 a a. 807

20) Als Beispiel möge die Urk. B.I. 401a a. 818 dienen:.... Advocatus episcopi nomine Uuichart interpellavit quidem hominem nomine Uualdher dicens, quod iniuste curtem vel domum ecclesiae quae sitae est in loco... intraret et proprium servum s.M. vapularet. Ille autem dicens hanc ecclesiam cum omnibus ad eam pertinentibus suam propriam esse... Iusto iudicio superatus reddidit ipsam ecclesiam cum omnibus adiacentibus... Hierher gehören ferner die Urk. B.I. 147, 169, 184, 186, 193, 231, 232, 235, 245, 288, 299, 466, 507, 626, 703... ca. a. 791/849

rechtsgeschäftlicher Erwerb des Beklagten nicht festgestellt werden kann, fehlt es an der Grundvoraussetzung des Gewährenzuges überhaupt, denn als Gewährer gilt grundsätzlich der Veräußerer. Unter diesem Gesichtspunkt betrachtet hat der größte Teil der Gerichtsurkunden für den Nachweis des Gewährenzuges auszuscheiden.

c) Nachdem so ein großer Teil der Gerichtsurkunden für die beabsichtigte Untersuchung als ungeeignet angesehen werden muß und deshalb nicht berücksichtigt werden kann, sind nun die Gerichtszeugnisse zu betrachten, in denen die beklagte Partei sich auf abgeleiteten Erwerb beruft. Zwar wird auch hier mit der Klage der Vorwurf des unrechtmäßigen Besitzes verbunden, doch ist die Verteidigung des Beklagten jetzt insofern eine andere, als sie sich auf rechtsgeschäftlichen Erwerb stützt.²¹⁾

So verteidigte sich einmal der Vogt des Freisinger Bischofs auf die Klage einer Nonne und ihres Bruders damit, daß ihr Vater die begehrten Güter schon vor Jahren der Freisinger Kirche geschenkt hätte.²²⁾

In einer weiteren Urkunde wird von dem Streit eines gewissen Salomon mit dem Bistum Freising um die Schenkung des Priesters Arperht berichtet. Nach dem Tode dieses Priesters beanspruchte Salomon die an die Freisinger Kirche gegebenen Güter für sich, indem er sich auf frühere Tradition berief. Da sich eine solche nicht nachweisen ließ,

21) Es handelt sich hier um materielle Einreden, die jedenfalls in fränkischer Zeit für das Verfahren um Liegenschaften anerkannt sind. Vgl. Hübner, Immobiliärprozeß, S. 90 ff., vor allem S. 105, 106; Brunner, Dt. RG. II. S. 460

22) Vgl. B. I. 183 a. 802: Der Vogt erwidert: "Rebus quam queritis ante hos annos tradita est nobis ab inlustri viro... et pro hoc in nostra portione iure ecclesiae nostrae possidemus."

wurde der Streit zugunsten des Freisinger Bistums entschieden.²³⁾

Nach einer Urkunde vom Jahre 814 begegnete die Freisinger Kirche der Klage dreier Männer auf Herausgabe der Kirche zu Odelzhausen mit der Berufung auf eine Tradition des kurz vorher verstorbenen Priesters Freido.²⁴⁾

In einem anderen Falle berief sich der Vogt des Freisinger Bischofs gegenüber den Ansprüchen mehrerer Brüder auf eine Schenkung der Vorfahren der Kläger und erreichte dadurch die Abweisung der Klage.²⁵⁾

Die Freisinger Kirche sah sich jedoch nicht nur in der Rolle der beklagten Partei. In einem Streit zwischen Freising und dem Bischof von Augsburg wegen der Kirche zu Unterkienberg berief sich dieser zu seiner Verteidigung auf Erwerb von einem gewissen Hanto und einem gewissen Adalhard. Da Adalhard diese Kirche als beneficium des Freisinger Bischofs erhalten hatte, mußte sie an das Freisinger Bistum zurückgegeben werden.²⁶⁾

Als im Jahre 829 der Vogt des Bischofs Hitto den Oadalpald auf Herausgabe von Gütern verklagte, verteidigte

23) Vgl. B.I. 247 ca. a. 806: Die Einlassung des Vogts des Freisinger Bischofs ist in der Urkunde nicht wiedergegeben. Es ist jedoch zu vermuten, daß sie dem Gerichtsspruch ähnlich war... per traditionem Arperhti presbiteri ipsa res s. M. fieri deberet ad Frigisingas...

24) Vgl. B.I. 327 a. 814: Auch diese Urkunde gibt die Verteidigung der Kirche nicht wieder; es gilt dieselbe Unterstellung wie für B.I. 247

25) Vgl. B.I. 258 a. 807: ...advocatus Attoni hoc firmiter denegavit non eorum hereditatem esse, sed hereditas s. M. quam ab antecessoribus suis ibi traditam fuisse iam priscis temporibus

26) Vgl. B.I. 475 a. 822: Der Vogt des Augsburger Bischofs antwortet: ... "Hantonem cum suo defensore ipsam ecclesiam cum omnibus ad ipsum locum accedentibus in palatio habito ad Phadarprunnin in Adalhardo evindicasse ad episcopatum Augustae civitatis ad S. Mariam..."

sich dieser damit, daß er durch eine Schenkung des Hludolf Eigentum an diesen Gütern erlangt hatte. Da festgestellt werden konnte, daß Hludolf die fraglichen Güter schon lange vorher an Freising übertragen hatte, mußte sie Oadalpald an die Freisinger Kirche herausgeben.²⁷⁾

In nahezu allen Fällen, in denen in diesen Urkunden eine Berufung der beklagten Partei auf derivativen Erwerb festgestellt werden kann, ist auch der Veräußerer mitgeteilt, von dem die beklagte Partei erworben hat. Trotzdem kommt es in keinem Falle zu einem Gewährenzug. Der Grund hierfür muß wiederum in dem jeweiligen Sachverhalt gesucht werden, der den Urkunden zugrunde liegt. Wenn der Veräußerer bereits tot ist, wie einige Urkunden berichten²⁸⁾, kann er als Gewährre nicht mehr in Betracht kommen. Eine Erstreckung der Gewährschaftspflicht auf die Erben kennt das alte deutsche Recht nicht, die Gewährschaftspflicht ist grundsätzlich unvererblich.²⁹⁾ Eine Beiziehung der Erben des Veräußerers im Rahmen des Gewährenzuges war daher nicht möglich, selbst wenn, worüber allerdings die Urkunden keine Auskunft geben, Erben vorhanden gewesen wären. In gleicher Weise müssen aber auch die Fälle beurteilt werden, für die sich das Schicksal des Veräußerers nicht aus den Urkunden selbst ergibt, denn es bleibt damit offen, ob er zur Übernahme der Gewährschaft überhaupt imstande gewesen wäre. Einen Hinweis bildet der häufige Vermerk, daß die Tradition, auf die sich die Freisinger Kirche berufen hat, bereits durch die Vorfahren der Kläger erfolgt oder aber wenigstens vor langer Zeit ausgeführt worden sei. Die Erklärung,

27) Vgl. B.I. 585 a. 829: ...Et ipse O. respondit se non debere hanc causam reddere, eo quod H. illum cum ipsa causa hereditaret et sibi in hereditatem dimitteret...

28) B.I. 247, 327. Die Tatsache, daß der Schenker bereits gestorben war, als es zum Streit kam, wird auch in den Salzburger, Regensburger und Passauer Urk. hervorgehoben: Vgl. Hauthaler S. 720 (285 a. 1196), S. 811 (84 a. 1170); Widemann 20 a. 822, 960 a. 1181/82; Heuwieser 78 a. 821. Zu einem Gewährenzug konnte es daher ebensowenig kommen wie in den entsprechenden Freisinger Urkunden.

29) Vgl. Rauch, Gewährschaftsverhältnis u. Erbgang, S. 534 ff.

warum in allen diesen Fällen kein Ziehen auf den Gewährren festzustellen ist, dürfte somit ebenfalls darin erblickt werden, daß der Veräußerer bereits gestorben war und deshalb als Gewährre nicht mehr in Betracht kommen konnte.

II. Sonstige Hinweise für einen Gewährrenzug

Nachdem die Gerichtsurkunden sich als unergiebig für den Nachweis des Gewährrenzuges erwiesen haben³⁰⁾, soll nun durch eine Betrachtung der Traditionsurkunden versucht werden, Hinweise zu erhalten.

1. Das Wort "auctor" in den Freisinger Traditionsurkunden.

Bei der Untersuchung der Traditionsurkunden kann zunächst an den Begriff "auctor" angeknüpft werden, der vereinzelt in den Schenkungsurkunden vorkommt. Mit diesem Ausdruck bezeichnen die lateinischen Quellen des Mittelalters im allgemeinen den Veräußerer, der die Schirmung des Erwerbers übernimmt.³¹⁾ In den Freisinger Urkunden erscheint das Wort "auctor" zum ersten Male im Jahre 815.³²⁾

Der Kaplan Uuago hatte von seinem Oheim Toto einen Hof³³⁾ im Ort Pfettrach erworben. Bei der kurz darauf von Toto und

30) Von B.I.579 abgesehen.

31) Rabel, a.a.O., S.172 ff.

32) In der Urk.B.I.333. In den Salzburger, Regensburger und Passauer Traditionen findet sich der Ausdruck "auctor" dagegen nicht. Die Vermutung, daß das Wort "defensor" in diesen Urk. wegen des Zusammenhangs mit defensio=Schirmung mit der Gewährungsschaftsleistung in Verbindung gebracht werden kann, bestätigt sich nicht, denn defensor wird nur in der Bedeutung von Vogt verwendet. Vgl. etwa Hauthale S.501 (461 a.1199-1231); Widemann 180 a.900, 185 a.901.

33) B.I.333 berichtet vom Kauf einer colonia, d.h. eines vom Hauptgut abgesonderten Hofes (Bitterauf, S.LXXV).

Uuago gemeinsam³⁴⁾ durchgeführten Schenkung zugunsten der Freisinger Kirche fungierte Toto als "auctor" der Tradition.³⁵⁾ Bei der aus dem Urkundenzusammenhang nicht eindeutig erkennbaren Funktion des Toto könnte freilich hinsichtlich des Wortes "auctor" auch auf die Bedeutung als Bürge geschlossen werden. Ein Vergleich mit anderen Freisinger Urkunden³⁶⁾ ergibt jedoch, daß "auctor" nie als Bürgebezeichnung verwendet wurde.

Weitere Beispiele dafür, daß der Schenker als "auctor" bezeichnet wurde, stellen die Schenkungen des Rihharius³⁷⁾ und des Ermbert³⁸⁾ aus den Jahren 839 bzw. 840 dar. Beide Urkunden belegen auch, daß "auctor" und "fideiussor" in ihren Funktionen klar geschieden wurden.

34) Dem Kaufvertrag war die Bedingung beigelegt, daß Uuago erst nach Zahlung des Kaufpreises den Hof an die Freisinger Kirche übertragen durfte... "eo modo iam dictus Toto Uuagoni ipsam coloniam tradidit, ut accepto pretio licuisset eum ipsam coloniam ad domum s.M. tradere ... Die Mitwirkung des Toto in der Rolle des Schenkers erklärt sich wohl damit, daß Uuago den Kaufpreis noch nicht entrichtet hatte. Die Urk. berichtet jedenfalls nichts darüber.

35)ipse Uuago et iamdictus Toto communi manu pariter tradiderunt iam dictam coloniam ad altarem s.M..... Haec autem sunt huius rei testes firmitatis: Toto auctor huius traditionis...

36) Vgl. B.I.633, 635 a.839/840

37) Vgl. B.I.633: Ego Rihharius... tradidi ad Frigisingas partem proprietatis meae in loco... Ipse auctor traditionis Rihharius pariterque fideiussor extitit vestiturae....

38) B.I.635: Ego Ermbertus....cogitans pro remedio animae fratris mei nomine Purcman qui incuriae casu contingente occisus est, ideo tradidi pro illo partem silvae suae in loco...Ipse auctor traditionis Ermbertus fideiussor extitit vestiturae....

Das Vorkommen des Ausdrucks "auctor" in einzelnen Freisinger Schenkungsurkunden muß angesichts des Umstandes, daß dieses Wort nicht fester Bestandteil der bayerischen Rechtssprache war³⁹⁾, als auffällig bezeichnet werden. Diese Tatsache allein kann aber nicht dazu führen, daß diese Urkunden schon deshalb als wenigstens mittelbare Belege für einen Gewährenzug auszuschneiden haben. Die Vermutung, daß dieser Ausdruck, der aus der fränkischen Rechtssprache stammt, von dorthier in die bayerischen Urkunden eingedrungen sei, ist nicht von der Hand zu weisen, obwohl der Tatbestand dieser Urkunden keine räumliche oder personelle Beziehung zum fränkischen Gebiet aufweist. Das bayerische Recht regelt zwar ausführlich die Pflichten des Gewähren, kennt für ihn aber keine spezifische Bezeichnung. Wenn daher in diesen Freisinger Urkunden der Veräußerer als "auctor" bezeichnet ist, so erscheint damit lediglich der Gewähr des bayerischen Rechts unter fränkischer Rechtsbezeichnung.

2. Die Betonung des käuflichen Erwerbs bei Traditions- gütern

Wenn manche Schenkungs- und Tauschurkunden ausdrücklich die Tatsache hervorheben, daß der Veräußerer das Traditionsgut käuflich erworben hat⁴⁰⁾, so stellt sich die

39) Das bayerische Volksrecht z.B. erwähnt das Wort auctor an keiner Stelle, obwohl der Gewährenzug ausführlich geregelt ist.

40) Belege dafür, daß der Veräußerer der Kirche käuflich erworbene Güter überträgt, bilden die Schenkungsurkunden B.I.256 a.807. Ego H. tradidi coloniam unam quam propria pecunia adquisivi et comparavi ab homine cui nomen H.... und B.I.546 a.827: H. tradidit proprietatem suam in eo loco qui dicitur H. ad Frigisingas... quod comparabit (=comparavit) de nobilibus viris cum sua propria pecunia, hoc est.... sowie die Tauschurkunde B.II.1163 ca. a.957: ...Dedit prenomatus Isangrim in loco P. suae proprietatis curtiferum I et... quam de Rumoldo emit....

Frage, ob dieser Vermerk im Hinblick auf einen möglichen Gewährenzug gemacht worden ist. Die Betonung der Art und Weise des rechtsgeschäftlichen Erwerbs auf Seiten des Veräußerers kann jedoch kaum als ausreichender Beleg dafür angesehen werden, daß man an einen Gewährenzug gedacht hat. Es kann vielmehr festgestellt werden, daß die Urkunden auch oft davon berichten, daß die tradierten Güter vom Veräußerer im Erbweg erworben wurden.⁴¹⁾ Der erbshaftliche Erwerb kann aber nicht zu einem Gewährenzug führen. Somit wird man die Erwähnung der Erwerbsmodalität beim Veräußerer lediglich als Ausfluß des bereits im bayerischen Volksrecht verankerten Rechtsgrundsatzes ansehen müssen, daß jemand nur seine eigenen Güter veräußern kann und daß jede Veräußerung fremder Güter eine Buße nach sich zieht.⁴²⁾

3. Die Rückkaufsklauseln in den Schenkungen für das Domkapitel

Ebensowenig Beweiswert wie der Hervorhebung des käuflichen Erwerbs kann man einer Erscheinung zubilligen, die sich in den Freisinger Urkunden seit dem 11. Jahrhundert bei Schenkungen an das Domkapitel zeigt. In diesen Urkunden wird den Erben des Schenkers das Recht zugebilligt, gegen eine geringe Summe das geschenkte Gut zurückzukaufen, falls der Bischof oder ein Dritter gegen die Schenkung angehen sollten.⁴³⁾ Die Urkunden lassen allerdings nicht erkennen, daß für diese Regelung gewährschaftsrechtliche Motive etwa in der Weise ausschlaggebend waren,

41) Vgl. etwa B.I.43 a.772: ...hereditatem quam genitor meus mihi reliquit...

42) Vgl. Lex Bai.XVI, 13,8

43) Vgl. z.B.B.II.1671 ca. a.1098: cometissa Liuthart tradidit ad altare s.M.....et in oblationes fratrum hobam unam in loco A.....eo autem tenore, ut si vel episcopus vel quilibet alius eandem hobam...detraxerit, proximus heres aureum I ad altare det et hobam recipiat.....

daß mit der Zahlung der Geldsumme der Gewährenzug abgewendet werden sollte. Es ist zu vermuten, daß die Rückkaufsklausel in allen diesen Fällen der Sicherung des mit der Tradition beabsichtigten Erfolges diene.⁴⁴⁾ Dem Domkapitel sollte ungehindert durch Dritte Besitz und Nutzung der tradierten Güter ermöglicht und, wenn nötig, ein materieller Ausgleich gewährt werden. Von diesem Motiv abgesehen, äußert sich in den Rückkaufsklauseln auch eine Eigenart des mittelalterlichen Sachenrechts. Im deutschen Recht des Mittelalters läßt sich die Tendenz feststellen, den Parteien im Rechtsverkehr die Gestaltung der dinglichen Rechtsverhältnisse zu überlassen, in der *lex traditionis* unmittelbar zu umschreiben.⁴⁵⁾ Auch in den Freisinger Urkunden kommt diese Strömung zum Ausdruck, wenn in den Rückkaufsklauseln Inhalt und Grenzen der Sachherrschaft durch Bedingungen und Vorbehalte aller Art den Bedürfnissen der Parteien angepaßt sind.

III. Zusammenfassung

Mit dieser Untersuchung sollte eine Antwort auf die Frage gesucht werden, ob für den Gewährenzug vom bayerischen Volksrecht her eine gerade Entwicklungslinie bis in die Zeit der Rechtsbücher führt. Ausgehend von der Gewährschaftsregelung der *Lex Baiuvariorum* wurde versucht, aus Gerichts- und Schenkungsurkunden eine Bestätigung für das Vorkommen des Gewährenzuges zu erhalten.

44) Wenn Haeberlin, *Systematische Bearbeitung der in Meichelbecks Historia Frisingensis enthaltenen Urk.Sammlung*, S.34, in der Rückkaufsklausel eine Umgestaltung der alten *stipulatio poenae* erblickt, so spricht dagegen vor allem, daß die Zahlungsleistung nirgends als Verpflichtung bezeichnet wird.

45) Vgl.H.R. Hagemann, *Übertragungen mit Nutzungsvorbehalt in alemann.Formeln und Urkunden*, S.355-358

Die Gerichtsurkunden vermochten nur dürftige Belege eines Gewährenzuges zu erbringen. Es kann daraus jedoch noch nicht gefolgert werden, daß der Gewährenzug als weitgehend aus dem Rechtsleben verschwunden betrachtet werden muß. Die Tatbestände, die nach den Urkunden den Liegenschaftsprozessen mit der Freisinger Kirche zugrunde lagen, konnten, wie gezeigt wurde, im allgemeinen nicht zu einem Gewährenzug führen.

Nachdem die Gerichtsurkunden keine überzeugende Bestätigung eines Gewährenzuges geliefert haben, kommt den Traditionsurkunden, die den Veräußerer als "auctor" und damit als Gewährn bezeichnen, besondere Bedeutung zu. Diese Urkunden können, wenn sie nur vom "auctor" reden, zwar nicht unmittelbar den Gewährenzug belegen, stellen aber doch ein Indiz dafür dar.

Damit sind zwar einige Anhaltspunkte für den Gewährenzug bis ins 9. Jahrhundert vorhanden, in den folgenden Jahrhunderten aber verliert sich die Spur dieses Rechtsinstituts vollständig. Die Freisinger Urkunden lassen nicht erkennen, ob der Gewährenzug noch eine Rolle im Rechtsleben gespielt hat. Trotz des Schweigens der Urkunden kann aber das Fortbestehen des Gewährenzuges vermutet werden. Wie sonst ließe es sich erklären, daß es in einer Freisinger Urkunde aus dem Jahre 1269 heißt:

.....nos exhibemus auctorem, quod vulgo
Gewer nuncupatur, contra quoscunque et
coram quodcunque iudice competente....⁴⁶⁾

46) Es handelt sich um die Urkunde Meichelbeck II.99 a.1269, die sich zeitlich unmittelbar an die Traditionsurkunden bei Bitterauf anschließt. Ähnlich ist ferner Meichelbeck II.184 a.1285:..... auctorem, qui vulgo dicitur gwer nos esse profiteri in omnibus que sunt iuris....

4. KAPITEL

WADIATION UND BÜRGSCHAFT

§ 1 Schuld und Haftung im alten deutschen Recht

Im heutigen Begriff der Rechtsmängelhaftung kommt zwar der Ausdruck Haftung, nicht aber deren Wesen als Unterworfenensein des Vermögens zum Ausdruck, wenn dieser Begriff die Gesamtheit der Verpflichtungen bezeichnet, die für den Veräußerer einer Sache gegenüber dem Erwerber infolge eines Rechtsmangels entstehen. Die Haftung im geltenden Recht ist grundsätzlich mit der Schuld verbunden. Wer schuldet, haftet auch.¹⁾

Im Gegensatz dazu war das alte deutsche Recht von einer strengen Trennung zwischen Schuld und Haftung geprägt.²⁾ Im germanischen Recht war die Durchsetzbarkeit eines Anspruchs nicht von selbst gegeben.³⁾ Es bedurfte dazu eines besonderen Haftungsgeschäftes, wodurch Person, Vermögen oder beides dem Zugriff des Gläubigers unterworfen wurden.

Der Satz Otto Gierkes, daß jede Untersuchung des germanischen Schuldrechts von dem Dualismus von Schuld und Haftung auszugehen habe⁴⁾, dessen Berechtigung trotz mancher

1) Larenz, a.a.O., B.I., S.16,17

2) So die ganz h.L. Vgl. Gierke, Schuld und Haftung, S.1 ff. Hübner, Privatrecht, S.493 ff.; Puntchart, Schuldvertrug und Treugelöbniß, S.104 ff.

3) Von der Drohung der Friedloslegung als einem Mittel zur Erzwingung eines Versprechens soll hier abgesehen werden. Vgl. Hübner, Privatrecht, S.502,503

4) Gierke, Schuld und Haftung, S.4

Kritik an seiner Lehre⁵⁾ allgemein anerkannt wird, soll auch richtungweisend für die folgende Untersuchung sein. Für die Entwicklung der Rechtsmängelhaftung kommt der Frage entscheidende Bedeutung zu, wann die Gewährschaftspflicht nach Überwindung des ursprünglich gewiß strafrechtlichen Einschlags schuldrechtlichen Charakter angenommen hat. Wenn es zutrifft, daß der Gewährschaftspflicht für die nachfränkische Zeit dieser Charakter zukommt, und wenn für die Haftungsbegründung im alten deutschen Recht tatsächlich die behauptete Bedeutung angenommen werden muß, darf auch für die Gewährschaftsschuld eine rechtsgeschäftliche Haftungsregelung erwartet werden. Es kommt dabei nicht darauf an, ob die Gewährschaftspflicht kraft objektiven Schuldrechts bestand oder ob sie im Einzelfall vertraglich übernommen wurde.

Ausgehend von der Wadiation und der Bürgschaft in den Freisinger Urkunden soll nunmehr untersucht werden, ob diese Haftungsgeschäfte auch im Zusammenhang mit einer Gewährschaftsregelung Bedeutung erlangt haben.⁶⁾

§ 2 Die Wadiation

I. Wadiation und Gewährschaftspflicht

Unter der Wadiation oder dem Wettvertrag versteht man einen unter Benutzung eines Symbols mit der Bezeichnung wadium oder wadia abgeschlossenen Formalvertrag. Der Schuldner belud sich dadurch mit einer Haftung, daß er dem Gläu-

5) Die Einwände gegen die Lehre Gierkes richten sich vor allem gegen die Überbewertung des Unterschiedes von Schuld und Haftung. Zur Kritik vgl. von Amira, a.a.O., S.20; Hübner, Privatrecht, S.522,523; F.Beyerle, Der Ursprung der Bürgschaft, S.571 ff.; Rotthaus, Redde und Schult, S.13-16

6) Mit der h.L.soll davon ausgegangen werden, daß Wadiation und Bürgschaft selbständige Haftungsgeschäfte darstellen. A.A. von Amira, a.a.O., S.9

biger das wadium, einen mit Symbolkraft ausgestatteten Stab, überreichte.⁷⁾

Nahezu alle Versuche, die bisher zur Deutung der wadia unternommen wurden, fanden geteilte Aufnahme. Dies gilt vor allem für die Erklärung der wadia als Auftragssymbol durch von Amira.⁸⁾ Nach dieser Lehre, die Wadiation und Bürgschaft als zusammengehörig betrachtet, ermächtigte der wettende Schuldner durch die Stabreichung den Gläubiger, dem Bürgen seinen Auftrag zu bestellen, daß er für ihn bürgen möge. Diesen Auftrag habe der Gläubiger durch Aushändigung des Stabes an den Bürgen erfüllt.⁹⁾ Die Auffassung von Amiras, die vorwiegend im langobardischen Recht eine Stütze sucht, wurde von Gierke¹⁰⁾ und F.Beyerle¹¹⁾ mit überzeugender Begründung abgelehnt.

Nach Gierke habe der Schuldner durch die Reichung der wadia, die für ihn nicht notwendig einen Stab darstellte, dem Gläubiger bzw. dem Bürgen ein Zugriffsrecht auf sein Fahrnisvermögen eingeräumt.¹²⁾ Auch diese Deutung wurde kritisch aufgenommen. Das gleiche gilt für den Versuch E.Mayers¹³⁾, die Wadiationssymbolik mit der Einkleidung (investitura) in Verbindung zu bringen.¹⁴⁾

Die Erörterungen zur Deutung der wadia fanden in der Lehre F.Beyerles einen gewissen Abschluß. F.Beyerle¹⁵⁾,

7) Hübner, Privatrecht, S.528 ff.

8) von Amira, a.a.O., S.3

9) von Amira, a.a.O., S.26 ff.

10) Gierke, Schuld und Haftung, S.270-276

11) F.Beyerle, a.a.O., S.640, 641

12) Gierke, Schuld und Haftung, S.259 ff.

13) E.Mayer, Die Einkleidung im germanischen Recht, S.88 ff.

14) Vgl. F.Beyerle, a.a.O., S.641-645

15) F.Beyerle, a.a.O., S.644

der seine Auffassung vom wadium als Persönlichkeits- und Gewaltsymbol im Zusammenhang mit einer Untersuchung über den Ursprung der Bürgschaft entwickelt hat, fand manche Zustimmung.¹⁶⁾ Wenn er auch die ältere Gierkesche Lehre nicht gänzlich zu verdrängen vermochte, so ist seine Deutung doch als die gesichertste zu betrachten. Es gibt auch keinen Zweifel, daß sich mit seiner Erklärung der wadia die Quellen am zwanglosesten interpretieren lassen.

Kann damit die Deutung des Wesens der wadia als geklärt gelten - womit allerdings über den Sinn ihrer jeweiligen Verwendung noch keine Aussage gemacht ist -, so ist nun zu versuchen, über die Wadiation als Haftungsgeschäft, also mittelbar, Nachweise für eine Gewährschaftsschuld des Veräußerers zu erhalten. Dieser Weg erscheint aber auch deshalb geboten, weil schon verschiedentlich¹⁷⁾, wohl unter dem Gesichtspunkt der Kennzeichnung der Wadiation als Schuldvertrag¹⁸⁾, an die Wadiation angeknüpft wurde, um die Gewährschaftspflicht als eine ursprünglich vertragliche Pflicht zu erklären.

Unter den aufgezeigten Gesichtspunkten gilt es nun, die jeweilige Verwendung der wadia in den Freisinger Traditionsurkunden einer Deutung zuzuführen und von der wadia als Haftungssymbol ausgehend, zu untersuchen, inwieweit die Wadiation im Dienste einer Gewährschaftshaftung stand.

16) Der Deutung der wadia i.S.F.Beyerles folgen Planitz, Privatrecht, S.132; Mitteis, Privatrecht, S.112;

17) Vgl. H. Meyer, a.a.O., S.1003; A. Schultze, Bespr. Gillis, S.637

Auch Rabel, a.a.O., S.202 Anm.1, erwähnt die Auffassung, die das mittelalterliche Währschaftsversprechen mit früherer Wadiation in Zusammenhang bringt. Er mißt der Wadiation allerdings keine Bedeutung für die Entwicklung des Währschaftsrechtes bei.

18) Diese Auffassung vertreten etwa Planitz, Privatrecht, S.132 und Conrad, Dt.RG S.164

II. Wadiation in den Freisinger Traditionen

Die Wadiation erscheint in den Freisinger Traditionen gegen Ende des 8. Jahrhunderts¹⁹⁾. Die Urkunden, die von einem hingegebenen wadium oder vom wadiare einer Person berichten, lassen erkennen, daß die Wadiation bei den verschiedensten Anlässen Verwendung fand.

1. Die Verwendung der Wadiation im allgemeinen

Häufig begegnet die Wadiation bei der Streitbeilegung²⁰⁾, d.h. bei dem Versprechen einer Prozeßpartei, den Streitfall nicht zum Gegenstand eines neuen Verfahrens zu machen.²¹⁾ Die Wadiation fand ferner Anwendung zur Sicherstellung einer übernommenen Bußzahlung²²⁾, zur Sicherung für ein bedingt ausgesprochenes Urteilserfüllungsgelöbnis²³⁾ sowie zur Übernahme der Haftung für die Unrichtigkeit einer Prozeßbehauptung.²⁴⁾

19) Der erste Nachweis eines wadium findet sich in B.I. 91 a.778.

20) Vgl. Brunner, Dt.RG II, S.488 ff.; Gal, Die Prozeßbeilegung nach den fränkischen Urk. des VII. bis X. Jahrhunderts, S.1

21) Vgl. etwa B.I.288 a.809: Nach durchgeführtem Rechtsstreit...S.et R.eadem ecclesiam tradiderunt in manus Attonis episcopi et wadium dederunt, ut nihil exinde amplius quererent... B.I.579 a.829: ...Alprih et filii eius H.et G., ut ultra querendi inde facultatem non haberent cum eorum wadio illi pariter firmaverunt... ferner B.I.351 a.815, 543 a.827.

Auch in Regensburger u. Fassauer Urk. wird die Wadiation in diesem Sinne verwendet. Vgl. Widemann 20 a.822:...B. dedit uadium iuxta legem et iudicium populi pro se et filio E. ut ex hac eadem causa ulterius nihil inquietare ... Heuwieser 78 a.821:...R.reddidit omnia...et dedit uadium suum quod nunquam postea hoc placitum non moverit....

22) B.I.704 a.849:...et wadium dederunt solvere se de pecunia xx solidos...

23) B.I.197 a.804:...et per wadium illorum...dicentes se reddituros ex integro iustitia secundum rectum iudicium faciendam...

24) B.I.299 a.811: Im Gericht erwidert einer der Kläger auf eine Frage...cum wadio respondit, quod (basilica) non fuisset tradita...

Für seine Prozeßbehauptung eintreten will ein Vogt J. auch in der Regensburger Urk. Widemann 20 a.822:.... surrexit J. et dedit uadium suum, quod idem B. contra legem pacatum placitum presumebat inquietare...

Schließlich diente die Wadiation auch zur Sicherung des Versprechens, für ein als beneficium empfangenes Grundstück einen bestimmten Zins zu zahlen.²⁵⁾

Für die Zusicherung des Zinses, der in Geld- oder Naturalleistungen bestehen konnte, wurde fast regelmäßig ein feststehender Ausdruck, wadiare, verwendet.²⁶⁾ Hinter dieser Bezeichnung scheint aber noch der Wadiationsformalismus zu stehen, denn das wadiare erfolgt in den meisten Fällen in manus episcopi.

Aus den bisher beschriebenen Anwendungsfällen der Wadiation kann, da es sich in keinem Falle um eine Veräußerung gehandelt hat, kein Nachweis für eine Gewährschaftshaftung gewonnen werden. Diesen Urkunden kann das Interesse deshalb nur insoweit gelten, als sich aus ihnen allgemeine Folgerungen für die Haftungsregelung in den Freisinger Urkunden ableiten lassen.

25) z.B. in B.I.338 a.815:...Ipseque iamdictus Jacob abba vocatus accepto beneficio, per wadium suum in manus domini Hittonis episcopi pro censum omni anno decem argenti solidos franciscos dari constituit....

26) Vgl. etwa B.I.351 a.815:...H.censum...wadiavit in manus Hittonis episcopi, hoc est omni anno una carada de cervisa, duos modios de farina....
 ferner B.I.358 a.816:...Censum iamdictus F.reddere.. in manus episcopi wadiavit, hoc est annis singulis solidum unum de argento....
 und B.I.469 a.822:...et (S.) wadiavit, si uterque eorum superstis fuisset alio, ut ille vivens sine mora offeret omnis singulis censum solvere, hoc est vestimentum cum cappa monachia...
 Ähnlich auch B.I. 364, 368, 474b, 491, 508, 546, 613, 620, 656b, 665, 694, 716, 740, a.816/853

Wadiare im Zusammenhang mit einem Zinsversprechen kommt auch in der Regensburger Urkunde Widemann 12 a.822 vor: ...vadiaverunt inde censum quattuor solidorum annis singulis persolvere ...
 Diese Urk. zeigt, daß wadiare auch für die Sicherung anderer Versprechen Verwendung fand, denn sie fährt nach der Zinszusicherung fort: ...et nullam inde negligentiam facere nullamque amplius controversiam ullo modo pastoribus sancti Emmerami neque familias eius ...

2. Die Freisinger Schenkungsurkunden

Als Veräußerungsverträge, die unter Verwendung einer wadia geschlossen wurden, kommen nur Schenkungen in Betracht. Häufig fand ein wadium bei der Vollziehung einer Vergabung durch einen bevollmächtigten Treuhänder oder Salmann Verwendung. Die Vergabung vollzog sich jeweils in der Weise, daß ein missus das ihm vom Schenker übergebene wadium an den Freisinger Bischof oder dessen Vogt als Vertreter des Bistums weitergab.²⁷⁾ Von der Verwendung bei der Vergabung mittels Salmannen abgesehen, kommt ein wadium auch in einer Reihe von Schenkungen vor,

-
- 27) Vgl. B.I.91 a.778:...St.per manus nepoti sui T.tradidit...et wadium dedit hanc traditionem agere...
B.I.195 a.804:...veniens E.missus Attonis episcopi et per suum wadium praestitit illis (beneficium) ad utendum et excolendum...
B.I.324 a.814:...et in manus illorum (proximi et vicini) totam dictam rem meam per wadium posui, si ego Freido in ipsa infirmitate defunctus fuissim, ut ipsi perfecissent traditionem, quam ego ante dispositum vel cogitatum habui...
B.I.378 a.817: ...et hanc traditionem in manus per wadium Deotmari nepoti suo commendavit, quatenus in altarem beatae Mariae constitueret vel etiam vestituram dimitteret...
B.I.400b a.819: ...missum meum nomine H.eum potestativum ac legitimum advocatum feci...H. ...per wadium omnia tam de alode quam de comparato... in manus episcopi relaxavit ac vestivit ad domum beatae Mariae...
B.I. 435a a.820: ...K.die obitus sui adpropinquante suam propriam alodem in manus R.nepoti sui per wadia constituit, quatenus Hittonem episcopum... potestative vestiret per ipsum wadium sicut ei commendavit... Ob quam causam venit R.in loco...et ibi vestivit atque per wadia in manus episcopi omnia relaxavit... und B.I.412 a.819, 502 a.824

Zu diesen Belegen aus den Freisinger Traditionen kann trotz ihres kurzen Sachverhalts auch die Regensburger Urk. Widemann 88 a.878-885 gezählt werden: ...Gisala dedit Ambrichoni episcopo servum nomine Ratpertum. Econtra vero episcopus dedit Gisalae Pettonem. Hanc etiam commutationem cum uadio peregunt Uuolfger Gisalae et Helfrih advocatus episcopi..... Von dieser Urkunde abgesehen, gibt es in den Salzburger, Regensburger und Passauer Traditionen keine Anhaltspunkte für eine Wadiation aus Anlaß einer Veräußerung.

ohne daß freilich seine Rolle unmittelbar erkennbar ist.²⁸⁾
Es scheint aber gerade auf die Deutung dieser Fälle anzukommen, wenn die Frage nach einer Verwendung der Wadiation für die Gewährschaftshaftung des Veräußerers bejaht werden soll.

Die Freisinger Urkunden enthalten Hinweise für das Vorkommen der Wadiation nur bis zur Mitte des 9. Jahrhunderts²⁹⁾, für die spätere Zeit fehlen eindeutige Belege.³⁰⁾

28) Vgl. dazu B.I.328 a.814: ...S.tulit wadium in manu sua et tradidit omnia iura proprii hereditatis...ad illo altare...et illum altare in manus Hittoni episcopi...
B.I.390 a.818: ...C.tulit wadium in manu sua et tradidit in manus Hittoni episcopi de suae propria iuris alode ad domo s.M.quod sibi de paterno vel matris accidisse videbatur...
B.I.470 a.822: ...E.tulit wadium in manu sua et tradidit omnia iura proprii sui alodis ad illo altare et in manus Hittoni episcopi....

29) Letztmalig ist in B.T.740 a.853 von wadiare die Rede.

30) In diesem Zusammenhang erscheint ein Hinweis auf die Tauschurkunden des 9. und 10. Jahrhunderts angebracht. Diese Urkunden enthalten fast zwei Jahrhunderte hindurch die stereotype Formel "unde et duas commutationes (= cartas) inter se fieri rogaverunt pari tenore conscriptas, ut uterque quod ab altero accepit teneat atque possideat evis temporibus", so daß sich die Frage nach ihrer rechtlichen Bedeutung stellt. Obwohl zuerst daran gedacht werden muß, kann aus dieser Formel doch nicht gefolgert werden, daß die erwähnten cartae als Wadiationssymbole verwendet wurden. Gegen eine solche Deutung spricht zunächst, daß von den Urkunden nur die Schulurkunden, die cautiones, als Wadiationssymbole anerkannt waren. Vgl. Gierke, Schuld und Haftung, S.330; Hübner, Privatrecht, S.533; Plautitz, Privatrecht, S.132. Dazu kommt noch der Umstand, daß die doppelte Urkundenfertigung bei Tauschverträgen eine Freisinger Eigentümlichkeit darstellt (Redlich, Traditionsbücher, S.14,66), die wohl mit der Auffassung von der erhöhten Sicherungswirkung der Urkunde für das Rechtsgeschäft zu erklären ist.

III. Rechtliche Beurteilung der Wadiation in den Freisinger Traditionen

1. Die positiven Nachweise des Wettvertrages

Überblickt man die Urkunden, die ein wadium erwähnen, im Zusammenhang, so ergibt sich für die Mehrzahl von ihnen, obwohl sie als positive Nachweise einer Haftungsregelung mittels Wadiation gelten können, kein Anhaltspunkt für eine Regelung der Gewährschaftshaftung. Die Tatbestände freilich, die den Anwendungsfällen der Wadiation zugrunde liegen, sind nicht von der Art, daß eine Gewährschaftsregelung denkbar wäre. Das bedarf für die Fälle der Streitbeilegung und der Zusicherung einer Buße keiner besonderen Betonung. In keinem dieser Fälle kommt es zur Übertragung eines Rechts, für dessen Bestand der bisherige Inhaber einzustehen hatte. Diese Beurteilung gilt aber auch für das Urteilserfüllungsversprechen. Wenn im Anschluß an die Gerichtsverhandlung die unterlegene Partei regelmäßig die Investitur der siegreichen Partei durchführte³¹⁾, so geschah dies stets zum Zwecke der Herstellung des in Urteilsform festgestellten rechtmäßigen Zustandes. Dieser Verzicht auf die angemaste Sachherrschaft stellt jedoch keine Veräußerung dar, die mit einer Gewährschaftsleistung in Verbindung gebracht werden könnte. Diesem Umstand tragen die Urkunden schon äußerlich Rechnung, wenn sie statt von tradere, donare immer ausdrücklich von reddere sprechen.

2. Das Wadium in den Schenkungsurkunden

Während die aufgezeigten Wadiationsfälle außerhalb der Veräußerungsgeschäfte häufig Sinn und Zweck der Haftungs-

31) In B.I. 197 wird allerdings die Rückgabe nur versprochen.

übernahme erkennen lassen³²⁾, fehlen für die Schenkungen derartige Hinweise. Für sie kann deshalb nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, daß das bei der Vollziehung der Vergabung erwähnte wadium im Sinne der Übernahme einer Haftung verwendet wurde. Wie vielmehr auf Grund der Vergabungen durch Salmannen, bei deren Durchführung ja fast regelmäßig ein wadium Verwendung fand, gezeigt werden kann, muß auch für die Freisinger Urkunden die haftungsrechtliche Verwendung der wadia lediglich als eine von mehreren Verwendungsmöglichkeiten betrachtet werden. Das per wadium commendare bzw. per wadia constituere, von dem die Quellen in diesen Fällen berichten, wird allgemein³³⁾ als Hinweis dafür gewertet, daß die mit dem Auftrag betraute Person die Funktion eines Salmannes ausübte, denn als Salmann gilt bekanntlich jeder Zwischenmann, der die Übertragung eines Grundstückes durch den Eigentümer an den Erwerber vermittelt und ausführt.³⁴⁾

Bei den hier in Frage kommenden Traditionen handelt es sich vorwiegend um letztwillige Vergabungen.³⁵⁾ Der Schenker beauftragte in Erwartung des nahen Todes eine Person seines Vertrauens mit der Durchführung einer Vergabung zugunsten einer kirchlichen Anstalt. Für diese Anwendungsfälle kann die Deutung der wadia als Haftungssymbol nicht durchgreifen. Es kann nicht angenommen werden, daß der Schenker in Erwartung des kommenden Endes mit der Hingabe der wadia seine Person und sein Vermögen

32) Vgl. z. B. B.I. 227 a. 806: ...quod hanc hereditatem amplius querere non debuissent...dederunt wadium.... und B.I. 288 a. 809: ... wadium dederunt ut nihil exinde amplius quererent....

33) Vgl. Hübner, donationes p. obitum, S. 43; K. Beyerle, Das Salmannenrecht, S. 15; E. Mayer, a. a. O., S. 37 ff.

34) Heusler, Privatrecht I, S. 215

35) B.I. 324, 435, 502

verstricken wollte. Wohl soll es bei der Wadiation, wie verschiedentlich angenommen wird³⁶⁾, eine Haftung der Erben geben, so daß an eine Haftungsstreckung gedacht werden könnte, doch wäre, falls eine Erbenhaftung beabsichtigt war, unbedingt ein Hinweis zu erwarten. Nachdem die Urkunden keinen Unterschied aufweisen, erscheint eine andere Beurteilung auch in den Fällen nicht angebracht, in denen die Vergabung durch Salmannen offensichtlich nicht durch nahen Tod oder Krankheit des Schenkers veranlaßt war. Wenn demnach das wadium nicht als Merkmal eines Haftungsgeschäftes erklärt werden kann, muß es als zum Formalismus der Liegenschaftsübertragung gehörig betrachtet werden. Hierbei kann ihm freilich nicht die Bedeutung eines Grundstückssymbols zukommen. Für eine Zeit, der jedes Abstraktum fremd war, kann nicht vermutet werden, daß abstrakte Zeichen für konkrete Gegenstände benutzt wurden.³⁷⁾

Wenn die Aufgabe der Salmannen, wie die Urkunden ergeben, darin bestand, per wadium die Investitur, meist auch die Sala vorzunehmen, so kam ihrer Tätigkeit dinglich-verfügende Wirkung zu. Die Legitimation für ihre Handlungsweise, aber auch die rechtliche Anerkennung des damit beabsichtigten Erfolges beruhten letzten Endes auf dem wadium, das damit auch in dieser Rolle sein Wesen als Personal - und Gewaltsymbol³⁸⁾ erkennen läßt. Von der wadia her ergibt sich demnach, daß wir die Salmannen - wenn von der Durchführung der Sala abgesehen wird - als mit der Vollziehung der symbolischen Investitur³⁹⁾

36) Vgl. Gierke, Schuld und Haftung, S. 91; E. Mayer, a.a.O., S. 27

37) Voser, a.a.O., S. 42

38) F. Beyerle, a.a.O., S. 577 Anm. 1: "... Auch bei sachenrechtlichen Geschäften konnte der Stab Personen und Vermögen vertreten..."

39) Die symbolische Investitur läßt sich bereits mit dem Beginn des 9. Jahrhunderts feststellen. Vgl. Voser, a.a.O., S. 99 mit Nachweisen.

beauftragt anzusehen haben. Diese Funktion wird noch unterstrichen, wenn das wadium mit dem im bayerischen Recht nicht gebräuchlichen Ausdruck festuca gleichgesetzt wird⁴⁰⁾, denn diese Gleichsetzung führt zur exfestucatio, zur symbolischen Investitur.⁴¹⁾ Ist damit anhand der Vergabungen mittels Salmannen gezeigt, daß das wadium in den Freisinger Traditionsurkunden nicht immer als Haftungssymbol verwendet wurde, so erschließt sich auch das Verständnis für die Deutung der wadia in den übrigen Schenkungen.⁴²⁾ Auch für diese Vergabungen läßt sich zu einer sinnentsprechenden Deutung der wadia nur gelangen, wenn man sie in den Formalismus der Grundstücksübertragung einbezieht. Es ergibt sich dann wiederum, daß die wadia zur Durchführung der symbolischen Investitur verwendet wurde, die der Schenker selbst in Form der exfestucatio vornahm.

Ein wichtiges Indiz gegen eine haftungsrechtliche Deutung der wadia liefert immerhin eine der betrachteten Schenkungsurkunden selbst, in der bei der Durchführung der Tradition bereits eine Erneuerung versprochen wurde.⁴³⁾ Dieser Erneuerung hätte es gewiß nicht bedurft, wenn der Veräußerer durch Wadiation die Haftung für Entwerung durch Dritte übernommen hätte, denn dem Schutzinteresse der Kirche wäre damit hinreichend gedient gewesen. Der Deutung Gierkes⁴⁴⁾, der für diese Fälle das wadium

40) Heusler, Privatrecht I, S. 216; "Im bayerischen Sprachgebrauch ist wadium die Bezeichnung für festuca".

41) Planitz, Privatrecht, S. 73; Mitteis, Privatrecht, S. 80; Haff, Institutionen des dt. Privatrechts, S. 156

42) B.I. 328, 390, 470

43) B.I. 390: ...et fatebat ...ut veniret ad ecclesiam
s.C. et ibi...illam traditionem renovaret...

44) Gierke, Schuld und Haftung, S. 306

als ein Verpflichtungssymbol in Ansehung der Gewährleistung für ungestörten Besitz bezeichnet, kann daher m.E. nicht gefolgt werden. Von der dafür fehlenden Begründung abgesehen, verliert eine derartige Deutung außerdem an Überzeugungskraft angesichts der großen Zahl von Schenkungsurkunden, die kein wadium erwähnen. Falls man eine Sicherung der Gewährschaftspflicht durch Wadiation für erforderlich oder wenigstens für vorteilhaft gehalten hätte, ist anzunehmen, daß dieses Haftungsgeschäft nicht nur für vereinzelte Schenkungen verwendet worden wäre. In diesem Zusammenhang erscheint ferner bemerkenswert, daß ohne Rücksicht darauf, ob mit wadiare eine selbständige Haftung begründet oder nur eine schon bestehende verstärkt wurde⁴⁵⁾, damit jedenfalls ein Ausdruck vorhanden war, mit dem sich auch eine evtl. Gewährschaftshaftung generell und ohne Formulierungsschwierigkeiten hätte bezeichnen lassen. Der Ausdruck wadiare kommt in den Freisinger Urkunden jedoch niemals in dieser Verwendung vor.

3. Ergebnis

Wenn sich demnach als Ergebnis feststellen läßt, daß das wadium in den Schenkungsurkunden nicht im Sinne eines Haftungssymbols gedeutet werden kann, so steht damit auch fest, daß die Schenkungen keine Anwendungsfälle der Wadiation enthalten. Hieraus folgt weiter, daß die Wadiation auch nicht zum Zwecke einer Währschaftshaftung verwendet wurde. Die Untersuchung, die von der vertraglichen Haftungsregelung mittels Wadiation ausgehend zum Nachweis der Gewährschaftspflicht führen sollte, hat also weder eine

45) Gierke, Schuld und Haftung, S.48,49,310, will dem wadiare nur haftungsverstärkende Bedeutung beimessen, weil die Zinse den Charakter von Reallasten gehabt hätten, die von oder aus dem Gut geschuldet waren.

Feststellung dieser Pflicht überhaupt noch eine Bestätigung ihres schuldrechtlichen Charakters gebracht. Wenn demgegenüber festgestellt werden konnte, daß die Wadia-tion als vertragliches Haftungsgeschäft zur Sicherung der verschiedensten Verpflichtungen verwendet wurde, so läßt die Tatsache, daß die Schenkungen keine vertragliche Haftungsregelung enthalten, nur die Vermutung zu, daß die Gewährschaftspflicht zu dieser Zeit noch nicht als rein privatrechtliche Pflicht empfunden wurde, deren Erfüllung durch Haftungsgeschäft hätte erzwungen werden müssen.

§ 3 Die Bürgschaft

I. Bürgschaft und Gewährschaftspflicht

1. Die Bürgschaft als Haftungsgeschäft

Die zentrale Bedeutung, die der Trennung von Schuld und Haftung im altdeutschen Schuldrecht zukommt, gibt Veranlassung, den Blick auch auf die Bürgschaft zu lenken.

Der Bürgschaftsvertrag war im älteren deutschen Recht nicht eines der besonderen Schuldverhältnisse, sondern in erster Linie Haftungsgeschäft. Der Bürge hatte für die Schuld eines anderen, mochte sie von Rechts wegen bestehen oder vertraglich begründet sein, einzustehen. Er hatte zwar daneben die Verpflichtung, sich der übernommenen Bürgschaft entsprechend zu verhalten, doch war diese "Schuld" von der des Schuldners verschieden.⁴⁶⁾

Der ursprüngliche Grundcharakter der Bürgschaft als Haftungsgeschäft kommt auch im Formalismus zum Ausdruck. Durch Reichung der wadia, womit das Wettvertragssymbol

46) Hübner, Privatrecht, S. 501, 519

wiederkehrt, unterwarf sich der Schuldner zunächst symbolisch der Gewalt des Gläubigers. Letzterer übertrug diese Gewalt durch Weitergabe der wadia auf den Bürgen und gab damit diesem den Schuldner in treue Hand.⁴⁷⁾ Bei der Behandlung der Bürgschaft stand bisher fast immer die Haftung für eine Zahlungspflicht des Schuldners im Mittelpunkt der Betrachtung.⁴⁸⁾ Schuldnerpflichten, die ein bestimmtes Verhalten zum Gegenstand haben, wurden dagegen nur selten im Zusammenhang mit der Bürgschafts- haftung erwähnt.⁴⁹⁾ Es ist erklärlich, daß bei den Untersuchungen über Schuld und Haftung, die in erster Linie die Entwicklung der Vermögenshaftung behandeln, von dem in Zahlungsverzug befindlichen Schuldner ausgegangen wurde. Aber schon aus den Volksrechten ist die Verbürgung von Beweis - und Befriedigungsversprechen bekannt.⁵⁰⁾ Damit sind Belege dafür vorhanden, daß der Bürgschaft auch dann eine Bedeutung zukam, wenn es ein bestimmtes Verhalten des Schuldners zu sichern galt, das nicht in einer Zahlungspflicht bestand.

2. Gewährschaftspflicht und Bürgenhaftung

Wenn demnach die Bürgschaft auch für die Gewährschaftspflicht, die ja primär ein Verhalten beinhaltet, Bedeutung gewinnt, überrascht es nicht, wenn schon wiederholt die Bürgschaft des alten bayerischen Rechts - mit den

47) So die von F.Beyerle begründete und jetzt h.L. Vgl. F.Beyerle a.a.O., S.612

48) Vgl. Heusler, Privatrecht II, S.252; Gierke, Privatrecht III, S.770; Hübner, Privatrecht, S.507 ff.

49) Eine Ausnahme machen Löning, a.a.O., S.126 ff.,; Platner, Die Bürgschaft, S.61 ff.

50) Vgl. Brunner, Dt.RG II, S.496 zu Lex Al.36,3

Freisinger Urkunden als repräsentativen Quellen - als im Dienste der Gewährschaftshaftung des Veräußerers stehend beurteilt wurde. Der Begriff Gewährschaft wird hier allerdings im weitesten Sinne verwendet, denn man nimmt an, die Bürgschaft in den Veräußerungsgeschäften habe allgemein der Sicherheit der Rechtsgeschäfte dienen sollen, habe also auch deren Schutz vor Anfechtung und Widerruf durch den Veräußerer mit umfaßt. Während von einigen Autoren⁵¹⁾ die Frage, ob die Bürgen die Gewährleistung in Gestalt der prozessualen Schirmung verbürgen sollten, unerörtert oder ausdrücklich offengelassen wird, schreiben andere den Bürgen neben der Garantie für die Unanfechtbarkeit des Rechtsgeschäftes auch die Haftung für Entwerung zu.⁵²⁾

Aus diesen Darlegungen über den Zusammenhang zwischen Bürgschaft und Gewährschaft wird zwar deutlich, wie man sich schon seit längerer Zeit bemüht, eine Regelung der Gewährschaftshaftung im alten bayerischen Recht nachzuweisen, doch bleibt die Frage, wie sich die Bürgenhaftung im einzelnen realisieren sollte, unerörtert. Da die primäre Tätigkeit des Veräußerers im Falle der Gewährschaftspflicht in der Übernahme des Rechtsstreites bestand - dies ohne Rücksicht darauf, ob die Gewährschaftspflicht als gesetzliche oder vertragliche Pflicht angesehen wird, - stellt sich die Frage, ob der Bürge etwa anstelle des Veräußerers die Prozeßführung zu übernehmen hatte oder wie sonst seine Haftung ausgestaltet war.

Wie wir uns die Verwirklichung der Bürgenhaftung im Falle der Gewährschaftspflicht des Veräußerers vorzustellen haben, lassen die mittelalterlichen Rechtsquellen

51) Haeberlin, a.a.O., S.29; Quitzmann, Die älteste Rechtsverfassung der Baiwaren, S.165; Merkel, a.a.O., S.150

52) Gillis, Gewährschaftszug und Laudatio auctoris, S.14

nicht erkennen. Es erscheint daher erforderlich, ein Schema der Bürgenhaftung zu entwerfen⁵³⁾, das dem Wesen der Bürgschaft, aber auch dem Sinn der Gewährschaftspflicht gerecht wird.

Geht man von diesen Grundsätzen aus, so hat eine prozessuale Auswirkung der Bürgenhaftung von vornherein aus der Betrachtung auszuschneiden. Dazu führt schon die Überlegung, daß die Person des Bürgen nicht in ein Verfahren einbezogen werden konnte, das wie der Gewährszug ursprünglich zur Feststellung des Diebes führen sollte. Zu diesem Ergebnis führt aber auch die Ausgestaltung der Bürgenhaftung in der nachfränkischen Zeit.

Nach der von F.Beyerle⁵⁴⁾ begründeten und herrschend gewordenen Lehre steht der Bürge im älteren deutschen Recht in einer Doppelstellung. Er verschafft dem Schuldner zunächst eine Frist, während deren dieser vor dem Zugriff des Gläubigers sicher ist. Kommt es nicht zur Erfüllung durch den Schuldner, so wird der Bürge zum Vollstreckungsgehilfen⁵⁵⁾ des Gläubigers, indem er entweder den Schuldner dem Gläubiger ausliefert (Gestellungsbürgschaft) oder das von ihm gepfändete Schuldnervermögen dem Gläubiger übergibt. (Vollstreckungsbürgschaft)⁵⁶⁾ Der Bürge hatte demnach den Veräußerer zunächst zur Erfüllung seiner Gewährschaftspflicht anzuhalten; er hatte dafür zu sorgen, daß dieser in den Prozeß eintrat und die Schirmung des beklagten Erwerbers, sei es Käufer,

53) Die einschlägige Literatur läßt eine Behandlung dieser Frage vermissen. Eine Ausnahme machen, soweit ersichtlich, nur Löning, a.a.O., S. 126 ff., mit der Erörterung der Bürgenhaftung bei Beweisversprechen und Streitgedinge und Platner, a.a.O., S. 61 ff. hinsichtlich der prozessualen Bürgschaft allgemein.

54) F.Beyerle, a.a.O., S. 567 ff.

55) So E.Kaufmann, Die Bürgschaft im Recht des Ingelheimer Oberhofes, S. 217

56) F.Beyerle, a.a.O., S. 585 ff.

Tauschpartei oder Schenkungsempfänger, übernahm. Wenn es ihm nicht gelang, den Veräußerer zur Übernahme des Prozesses zu bewegen, was gleichbedeutend war mit einer Gewährschaftsverweigerung seitens des Verkäufers, so führte dies zum Gewährbruch und verpflichtete zur Erstattung des Duplum an den Erwerber. Wie man sich das weitere Tätigwerden des Bürgen vorzustellen hat, kann allerdings nur vermutet werden.⁵⁷⁾ Nach den Ergebnissen F.Beyerles⁵⁸⁾ wäre für die hier interessierende nachfränkische Zeit außer der Gestellung des Veräußerers auch ein Auspfänden in Höhe des Duplum nach Maßgabe der sog. Vollstreckungsbürgschaft möglich. Dagegen soll für diese Zeit eine unmittelbare Einstandspflicht des Bürgen mit seinem Vermögen in Gestalt der sog. Zahlungsbürgschaft noch nicht angenommen werden können.⁵⁹⁾

Um festzustellen, ob die Bürgen in den Freisinger Urkunden Gewährbürgen sind und ob ihre Haftung diesem hypothetischen Schema entspricht, ist zunächst eine Zusammenstellung und Ordnung des einschlägigen Quellenmaterials notwendig.

II. Die Bürgschaft in den Freisinger Traditionen

Seit dem Beginn des 9.Jahrhunderts, mit dem allmählichen Verschwinden der Strafklauseln, erscheinen in den Freisinger Traditionsurkunden Bürgen unter der lateinischen Bezeichnung fideiussores⁶⁰⁾, deren jeweilige Funktion

57) Flatner, a.a.O., S.162,163 erörtert z.B. den Umfang der Bürgenhaftung lediglich für das spätmittelalterliche Recht.

58) F.Beyerle, a.a.O., S.588-590

59) E.Kaufmann, a.a.O., S.219 fand dafür z.B. noch keine Bestätigung im Recht des Ingelheimer Oberhofes.

60) Erstmals in B.I. 227 a.806. Annähernd gleichzeitig erscheinen fideiussores auch in Salzburger und Regensburger Urk.: Vgl. Hauthaler S.90f (7 a.820). Widemann II a.810. In den Passauer Traditionen finden sich dagegen keinerlei Nachweise.

im folgenden betrachtet werden soll.

1. Die Verwendung der Bürgschaft außerhalb der Ver- äußerungsgeschäfte

Der Anwendungsbereich der Bürgschaft ist, wie die Urkunden ergeben, weit gefaßt. Es begegnen Bürgen u.a. bei der Streitbeilegung⁶¹⁾, bei der Zusicherung von Bußzahlungen und der Rückgabe umstrittenen Grundbesitzes auf Grund einer gerichtlichen Verhandlung⁶²⁾ sowie beim Versprechen der jährlichen Zinszahlung.⁶³⁾ In einigen Fällen haben die fideiussores die Funktion von Salmannen übernommen. Dafür spricht jedenfalls die Art einer treuhänderischen Stellung, die ihnen in diesen Fällen ein-

61) Vgl. B.I. 227: Nachdem ihre Ansprüche vom Gericht zurückgewiesen worden waren, gelobten die Kläger ... nec umquam hoc movere praesumerent nec Uuagonem (Bekl.) amplius inquitare et....fideiussor inde est Kisalhardus iudex....

62) Vgl. B.I. 401a a. 818: ... iusto iudicio superatus reddidit (der Verklagte) ipsam ecclesiam cum omnibus adiacentibus in manus episcopi et defensoris suo.... Fideiussor U. wadiavit omnia similia, item fideiussor U. pro altare XL solidos... Diese Urk. ist ein, wenn auch schwacher, Nachweis für den Bürgschaftsformalismus (wadiare). Ebenso B.I. 466, 507 a. 822/824. Zur Rückgabe von Gütern ohne ausdrückliche Bußzahlung vgl. z. B. B.I. 437 a. 820: ... Tunc videbat, quod nequaquam contradicere vel defendere poterat, sed ... nullam potestatem tradere habendi et reddidit ipsam ecclesiam (Streitobjekt) Fideiussores K., A.... Ähnlich B.I. 231 a. 806, 251a a. 807

Bürgern für eine Geldleistung erwähnt auch die Salzburger Urk. Hauthaler S. 609 (51b a. 1146): promisit eisdem nepotibus suis IIII talenta dare eorumque fideiussores petierunt et acceperunt L. et W....

63) Vgl. B.I. 509 a. 824: Nach Empfang eines Lehens.... comis R. wadiavit pro hoc annis singulis censum persolvere, hoc sunt tres solidos de argento ipsos ad missam sancti Martini sine mora offerre, et fideiussor Rumolt qui wadium censi accepit... Diese Urk. belegt außerdem eindeutig den Bürgschaftsformalismus mittels wadium.

geräumt war.⁶⁴⁾ Diese Anwendungsfälle der Bürgschaft enthalten freilich keine Anhaltspunkte für einen Zusammenhang der Bürgschaft mit einer Gewährschaftsregelung. Die betrachteten Urkunden sind aber mittelbar von Bedeutung, denn aus der Ausgestaltung der Bürgschaft und dem jeweilig erkennbaren Verwendungszweck können Folgerungen auch für die Bürgschaft innerhalb der Veräußerungsgeschäfte, denen hier ja das Hauptaugenmerk gilt, gezogen werden.

2. Die Bürgschaft in den Veräußerungsverträgen

Nach der geschichtlichen Aufeinanderfolge sind im Rahmen der Veräußerungsgeschäfte zunächst die Schenkungen, dann Kauf und Tausch zu behandeln.

a) Die Schenkungen

Die Schenkungen überwiegen auch nach dem Verschwinden der Strafklauseln noch lange Zeit gegenüber anderen Rechtsgeschäften. Soweit in den Schenkungsurkunden Bürgen vorhanden sind, werden sie fast regelmäßig im Zusammenhang mit der Aufzählung der Zeugen erwähnt. Als Bürge fungiert in den meisten Fällen eine Person, die gleichzeitig als Zeuge für das Rechtsgeschäft genannt ist.⁶⁵⁾ Daneben kommen aber auch Bürgen vor, deren Namen nicht in der Zeugenreihe aufgeführt sind.⁶⁶⁾ Aus den Urkunden ergibt sich nicht,

64)Vgl. etwa B.I.267 ca. a.807: Tausch zwischen Bischof Atto von Freising und Abt Reginperht von Moosburg... fecerunt enim hoc inter se per fideiussores quorum nomina K. advocatus Attoni episcopi et Ch. vocatus Reginperhti abbatibus... Ähnlich auch B.I.390 a.818

65)Vgl. etwa B.I.434a a.820: ...et quicquid praesente tempore usare aut dominare videbatur... tradidit in manus Hittonis episcopi..., ut in evum inconvolsum perduraret. Et haec sunt testes: C., C... Hludolf... ceterique multi adstabant. Hludolf fideiussor..., ferner B.I.436 a.820, 460 a.822, 515 a.825, 720 a.850

Daß Zeugen- und Bürgenfunktion oft zusammenfielen, zeigen insbesondere auch die Regensburger Schenkungsurkunden Widemann 27 a.834, 73 a.868.

66)Vgl. insbesondere B.I.395 a.818, 399a a.818, 456 a.821, 645 a.842 und für Regensburg Widemann 11 a.810.

daß es sich bei den Bürgen, deren Zahl zwischen eins und vier beträgt⁶⁷⁾, um Persönlichkeiten von besonderem Rang gehandelt hat. Wenn das der Fall gewesen wäre, hätte man dies sicher durch Zusätze kenntlich gemacht, denn auch die Zeugenreihen lassen in den meisten Fällen erkennen, ob es sich um Personen geistlichen oder weltlichen Standes handelt und welche Stellung ihnen in der jeweiligen hierarchischen Ordnung zukommt.

Aus der klaren äußerlichen Unterscheidung zwischen Bürgen und Zeugen, die besonders in den Fällen der Personengleichheit deutlich wird, erhellt, daß auch die jeweiligen Funktionen verschieden gewesen sein müssen. Während nach den Aussagen der Urkunden die Zeugen, soweit sie nicht lediglich Solemnitätszwecken dienten, im Falle späterer Rechtsstreitigkeiten Beweismittel sein sollten⁶⁸⁾, läßt sich die Funktion der fideiussores in den Schenkungsurkunden nicht ohne weiteres festlegen. Wenn nur die Bezeichnung fideiussor eine namentlich erwähnte Person als Bürgen ausweist, so ist damit über Sinn und Zweck der Bürgenstellung nichts ausgesagt. Um doch zu einer Deutung der Bürgenfunktion zu gelangen, sind die Schenkungsurkunden näher zu betrachten, die die Bürgentätigkeit genauer bezeichnen.

Die Kennzeichnung der Bürgenfunktion erfolgt in der Weise, daß die Bürgen als "fideiussores istius traditionis"⁶⁹⁾

67) Die mehreren Bürgen bilden eine Gesamtbürgschaft nach der Art einer Gesamthänderschaft. Vgl. Platner, a.a.O., S.46,47

68) Dies drückt z.B. sehr anschaulich die Urk.B.I.223 a.806 aus, wenn es heißt, daß der Bischof den Prozeßgegner "vincebat cum carta atque veraces testibus"

69) Vgl. etwa B.I.440 a.820: ...Haholf fideiussor istius traditionis. Isti testes... ferner B.I.472 a.822, 500 a.824, 517 a.825

oder "fideiussores huius causae"⁷⁰⁾ bezeichnet werden. Einmal wird der Zweck der Bürgenstellung auch mit "eam traditionem firmare"⁷¹⁾ umschrieben. Häufig werden in den Schenkungsurkunden die Bürgen auch mit der Investitur in Verbindung gebracht.⁷²⁾ In allen diesen Urkunden handelt es sich bei den Bürgen um Dritte, außerhalb des Schenkungsvertrages stehende Personen. In keinem dieser Fälle ist es der Schenker selbst, der als Bürge fungiert. Wenngleich die Drittbürgschaft als vorherrschend bezeichnet werden muß, fehlt es doch nicht an Zeugnissen für das Vorkommen der Selbstbürgschaft. In zwei Schenkungsurkunden aus den Jahren 839⁷³⁾ bzw. 840⁷⁴⁾ fungiert der Tradent selbst als Bürge für die Investitur. Trotz die-

70) B.I.613 a.836: ...Fideiussores huius causae Drudolt, Adalhoh. Isti sunt testes per aures tracti...

71) B.I.528 a.826: ...et fideiussores eis fuerunt ipse Amalperht, Heriolt, Luitpald eam traditionem firmare. Isti sunt testes...

72) Vgl.dazu B.I.402 a.818: ...E.(Schenkerin)accessit ad altare et tradidit hereditatis partem a patre eius donatum...Hoc peractum pius pontifex ei beneficium concessit quod a patre eius domui s.M.traditum erat... Haec autem sunt testes utrarumque rerum. Primo enim fideiussores ad vestituram traditionis: Esit,Lantperht, Othoh. Deinde testes...
B.I.417 a.819: ...M.tradidit domui s.M. omnia quae de propria hereditate habere videbatur ita, ut sit stabilis in perpetuum domui s.M. Haec sunt testes S.;C.,... Feideiussores Sigiperht,Alpolf,Cozolt ad vestituram seu firmitatem huius traditionis perficiendam...
Ferner B.I.400b a.819, 597 a.830,621 a.836, 630 a.838, 665 a.844, 682 a.846, 854 a.860
Hier ist auch die Regensburger Urk.Widemann 27 a.834 zu nennen: ...testes huius traditionis sunt H.,F.,M., qui et fideiussores vestiturae sunt...

73) B.I.633 a.839:Ego...Riharius...tradidi ad Frigisingas partem proprietatis in loco..Ipse auctor traditionis Rihharius pariterque fideiussor extitit vestiturae

74) B.I.635 a.840:Ego Ermbertus...tradidi...partem silvae ad Frigisingas.. Ipse auctor traditionis Ermbertus fideiussor extitit vestiturae...
In den Salzburger und Regensburger Traditionen fehlt dagegen jeglicher Hinweis für eine Selbstbürgschaft.

ser Belege muß aber angenommen werden, daß die Selbstbürgschaft sich noch nicht allgemein durchgesetzt hatte. Dies zeigt deutlich eine Urkunde aus dem Jahre 821:⁷⁵⁾ "Friduperht et coheredes sui construxerunt ecclesiam in loco nominato Luges. Deinde venerunt ad venerabilem Hittonem episcopum deprecantes ut ibidem venire dignaretur quod ita et fecit. Deinde veniens episcopus...interrogavit Fridupertum et coheredes sui, si illorum portionem quod eis contigisset in ipsa ecclesia domo s.M. donare voluissent, sed illi statim prompto animo eorum portionem....quam in ipsa ecclesia habuerunt contraplacitabant quorum nomina haec sunt: Hunperht, E... Tunc episcopus consecravit hanc ecclesiam... Quando haec omnia facta sunt... praedictus Friduperhtus tradidit in illum altarem unum mansum vestitum... Hunperht fideiussor. Postea vero idem Hunperhtus et filius eius Richolt quicquid propriae hereditatis vel acquisitionis habuerunt, hoc...tradiderunt in ipsum altarem.

Et tunc demum hii suprascripti venerunt et manu generali ipsum altarem in manus Hittonis episcopi ad domum s.M. tradiderunt. Friduperht fideiussor. Et haec testes.... Durch die Traditionen an den Altar wurde für die Tradenten lediglich zweckbestimmtes Sondereigentum geschaffen und zum Altar ein Zubehörverhältnis begründet.⁷⁶⁾ Bei der Übertragung an die Freisinger Kirche - erst durch diese Tradition ging das Eigentum über⁷⁷⁾ - wurde daher jedes am Altar bestehende Recht betroffen, somit auch die Berechtigung des Miterben und Bürgen Friduperht. Daß er als

75) B.I. 442 a.821

76) Stutz, Eigenkirchenvermögen, S.1202, 1242, spricht hier von der Dotationstradition

77) Stutz, a.a.O., S.1221

Veräußerer die Bürgschaft für diese Tradition an das Freisinger Bistum übernommen hat, wird nicht betont, sein Handeln scheint auch nicht so empfunden worden zu sein. Man scheint vielmehr der Meinung gewesen zu sein, die Tradition durch die Gesamthand (manu generali) sei durch ein zu rechtlicher Selbständigkeit erhobenes Organ erfolgt, demgegenüber Friduperht, obwohl Teil der Gesamthand, als außenstehender Dritter und damit als Bürge fungieren konnte.

Nach allem kann also die Feststellung F.Beyerles⁷⁸⁾, daß die oberdeutschen Rechte noch keine Selbstbürgschaft gekannt hätten, für das bayerische Recht durch die Freisinger Urkunden und die vergleichsweise herangezogenen Salzburger und Regensburger Traditionen grundsätzlich bestätigt werden.

b) Kauf und Tausch

Aus der Zeit, in der die Schenkungen die vorherrschende Art der Rechtsgeschäfte mit der Kirche bildeten, sind uns nur einzelne Kaufverträge und wenige Tauschgeschäfte überliefert. Die Erklärung hierfür muß in den wirtschaftlichen Verhältnissen dieser Zeit gesucht werden. Noch immer sorgten die Vergabungen der Gläubigen für die Vermehrung des kirchlichen Grundbesitzes, so daß die Kirche auf einen Erwerb durch Kauf oder Tausch zunächst nicht angewiesen war. Gelegentliche Kauf- oder Tauschverträge dienten daher in erster Linie der Abrundung des kirchlichen Besitzes. Während die Zahl der Kaufgeschäfte auch in späterer Zeit gering bleibt, ist mit dem allmählichen Rückgang der Schenkungen um die Mitte des 9. Jahrhunderts, bedingt durch die Beendigung der Landnahme und der damit verbundenen Verknappung des Bodens, ein rasches Anwachsen der Tauschverträge festzustellen. Sie erhielten ihre wirtschaftliche Bedeutung durch die Konsolidierung des

78) F.Beyerle, a.a.C., S.584

geistlichen Grundbesitzes.⁷⁹⁾ Die Tatsache, daß bereits im alten deutschen Recht⁸⁰⁾ Kauf und Tausch gleich behandelt wurden, rechtfertigt auch eine gemeinsame Betrachtung dieser beiden Rechtsgeschäfte im Rahmen der Untersuchung der Bürgschaft.

Auch in den Kauf- und Tauschurkunden werden Zeugen und Bürgen voneinander geschieden. Die bei den Schenkungen gemachte Feststellung, daß dieselben Personen Zeugen und Bürgen nebeneinander sein können, trifft hier ebenfalls zu.⁸¹⁾ Einige Tauschurkunden erwähnen die Tatsache, daß jede Vertragspartei Bürgen stellt und heben damit die rechtliche Natur des Tauschgeschäftes als wechselseitige Tradition besonders hervor.⁸²⁾ Auch in den Kauf- und Tauschurkunden sind Zusätze zur näheren Kennzeichnung

79) Bitterauf, I, Wirtschaftsgeschichte, S.LXXI

80) Vgl. Lex Bai. XVI,8

81) Vgl.z.B.B.I.432 a.819: ...Alprih et Ootlant frater eius vendiderunt propriam hereditatem suam ad Hittone[m] episcopo... Isti sunt testes: H.,S.,...Uuolfheri, Ampricho...Fideiussores Uuolfheri, Ampricho. Vgl. auch B.I. 481 a.822; B.II.1068 ca.a.926, 1092 ca.a.937 Für Salzburg vgl. Hauthaler S.80 (13 a.931), S.901 (7 a.820); für Regensburg vgl. Widemann 36 a.852, 46 a.863-882, 72 a.866.

82) Vgl.B.II.1055 ca.a.926: Tausch zwischen Bischof Wolfram und seinem Dienstmann Isangrim...Isti sunt testes eiusdem commutationis... Hunger, Ratolt fideiussores in parte Isangrimmi. Irmfrid in parte episcopo. B.II.1074 ca.a.926: Tausch zwischen Bischof Wolfram und dem Edlen Jacob:... Isti sunt fideiussores... de parte episcopi Cotescalch, de parte Jacobi Ratolt...

Hierher dürfte auch die unvollständige Tauschurkunde B.II.1073 ca.a.926 gehören:...Isti sunt fideiussores praedictae traditionis. De parte ecclesiae Purchart... Von den Salzburger Urk. ist hier zu erwähnen Hauthaler S.90 (25 a.925)... inde sunt fideiussores ex utraque parte: ex parte episcopi Kisalolt, ex parte Jacobi Uuolfolt ac Gotadeo..., von den Regensburger Traditionen die Urk. Widemann 36 a.852...Fideiussores: Pazrih et Cundpreht ex utraque parte...

der Bürgenfunktion festzustellen.⁸³⁾

Bemerkenswert ist auch hier, daß die als Bürge genannte Person stets ein außerhalb des Vertrages stehender Dritter ist, nie der Veräußerer selbst.

Zum letzten Male werden fideiussores in einer Tauschurkunde aus der Mitte des 10. Jahrhunderts erwähnt.⁸⁴⁾ Mit diesem Zeitpunkt verschwindet das Institut der Bürgschaft aus den Freisinger Traditionen überhaupt.

III. Die Bedeutung der Bürgschaft in den Freisinger Traditionen

1. Das Vorherrschen der Drittbürgschaft

Wie wir gesehen haben, fand das Institut der Bürgschaft in den Freisinger Traditionen vielseitige Verwendung. Für das hier vor allem interessierende Vorkommen der Bürgschaft in den Veräußerungsgeschäften ist festzustellen, daß als Bürge fast regelmäßig ein außerhalb des Vertragsverhältnisses stehender Dritter erscheint. Die wenigen Fälle einer Selbstbürgschaft vermögen an dem grundsätzlichen Bestehen der Drittbürgschaft nichts zu

83) Vgl. B.I.661 a.843: ...quod Baldricus proprietatem quam haberet in finibus Baiuvariorum pro pecunia valente libras CCL tradidisset ad domum s.M. Isti sunt fideiussores S.,C., a quibus Erchantbert episcopus et advocatus eius E. praedictarum rerum vestituram acceperunt coram multis testibus... B.II.1092 ca.a.937: Tausch zwischen Bischof Lambert und dem Edlen Kepahart... Ratolf advocatus praedicti episcopi qui praefatas res investitura eidem nobili vir presentavit. Isti sunt testes... Herpold, Dietrich fideiussores in parte ecclesiae
B.II.1113 ca.a.937: ...Istius commutationis fideiussores sunt Rahholf et Uuolfholt. Isti sunt testes: P., I., Uuolfholt, Rahholf et alii.
B.II.1069 ca.a.926: ...et huius commutationis fideiussor erat Ratolt... Testes sicut mos est per aures traxerunt...
Eine Aufgabe der Bürgen erwähnen auch die Regensburger Urk. Widemann 40 a.863/64: ...Lantp... et Adalh. vassus episcopi fideiussores et vestitores extiterunt ... und 117 a.867-883: ...et fuit Auo fideiussor atque vestitor...

84) B.II.1113 ca.a.937

ändern. Ein allmählicher, entwicklungsgeschichtlich verfolgbarer Übergang von der Dritt- zur Selbstbürgschaft ist in den Freisinger Traditionen nicht festzustellen. Aus diesem Grunde gibt es auch keine Entwicklungslinie, die von der Fremd- oder Drittbürgschaft zur Selbstbürgschaft und weiter zum Währschaftsgelöbnis führt.

Die Freisinger Urkunden können somit keine Bestätigung für die von Partsch⁸⁵⁾ für das südfranzösische Recht festgestellte Entwicklung der Gewährschaftshaftung liefern. Aus den Freisinger Urkunden läßt sich vielmehr der Schluß ziehen, daß keine geradlinige Entwicklung von der Fremd- über die Selbstbürgschaft zum spätmittelalterlichen Gewährschaftsgelöbnis führt.

Wenn sich auch die Bürgschaft als beliebtes und oft verwendetes Institut erweist, so überrascht doch, daß die vorliegenden Urkunden keine nähere Auskunft über die Rechtsbeziehungen zwischen Schuldner und Bürgen einerseits und über das Verhältnis des Bürgen zum Gläubiger auf der anderen Seite geben. Aus dem Schweigen der Quellen kann aber doch wohl der Schluß gezogen werden, daß die Haftung des Bürgen, soweit diese Funktion im Einzelfall überhaupt in Betracht kam, als Selbstverständlichkeit empfunden wurde. Man mag die Hervorhebung der Haftungsfunktion des Bürgen ebenso für entbehrlich gehalten haben wie die Erwähnung des Bürgschaftsformalismus, der nur einmal eindeutig zum Ausdruck kommt.⁸⁶⁾

2. Die fideiussores vestiturae

Eine eindeutige Festlegung der Bürgenfunktion in den Kauf-, Tausch- und Schenkungsurkunden macht wegen der knappen Aussage unserer Quellen zwar Schwierigkeiten,

85) a.a.O., S.114 - 117

86) In B.I. 509

doch werden dadurch nicht jegliche Folgerungen schlechthin unmöglich gemacht. Es ist deshalb zu versuchen, aus den die Bürgenfunktion näher kennzeichnenden Zusätzen und durch eine vergleichende Betrachtung anderer Urkunden ein Ergebnis zu erhalten.

Eine Aufgabe der fideiussores ist zunächst die der Salmannen, wenn berichtet wird, daß fideiussores die ihnen aufgetragene Investitur durchführten.⁸⁷⁾ Die gleiche Funktion fiel auch den fideiussores vestiturae zu.⁸⁸⁾ Ihre Pflicht, die in diesen Fällen noch nicht vollzogene Investitur durchzuführen, um die Rechtsstellung der Kirche unangreifbar zu machen, wird einmal zutreffend mit der Umschreibung ausgedrückt "ad vestituram seu firmitatem huius traditionis perficiendam".⁸⁹⁾

Der abweichenden Auffassung von F.Gillis⁹⁰⁾, der die fideiussores vestiturae als Gewährbürgen bezeichnet und ihnen die Haftung für Entwerung durch Dritte auferlegen will, kann demgegenüber nicht gefolgt werden, denn die allgemeine Gleichsetzung von vestitura und Gewährung, wie sie Gillis⁹¹⁾ vornimmt, ist nicht möglich.⁹²⁾

Gegen eine solche Deutung spricht außerdem der klare Wortlaut der Urkunden, in denen der Veräußerer als fideiussor vestiturae und als auctor bezeichnet ist.⁹³⁾ Sollte der Veräußerer als Gewähr gleichzeitig noch Gewährungsbürge sein? Diese Fragestellung zeigt auf, daß die Lösung nur in der Richtung gesucht werden kann,

87) B.I.661: ...isti sunt fideiussores S.,C., a quibus Erchanbertus episcopus et ...vestituram acceperunt...

88) Vgl. B.I.402, 597, 621, 630 ("Investitur" = Übergabe),
854

89) B.I.417

90) Gillis, a.a.O., S.14

91) Gillis, a.a.O., S.8, 10

92) Vgl. Schultze, Bespr. Gillis, S.637

93) B.I.663, 635

daß der Veräußerer als Gewährer zusätzlich die Haftung für die Durchführung der Investitur als Bürge übernommen hat.

Eine bemerkenswerte Stütze erfährt unsere Deutung der Bürgschaft durch den Blick auf ein fränkisches Königsgesetz aus den Jahren 818/819.⁹⁴⁾ C.6 dieses Kapitulars sah bei Traditionen außerhalb der Grafschaft ausser den Zeugen besondere Investiturbürgen, fideiussores vestiturae, vor, deren Funktion in der Vornahme der Investitur lag.⁹⁵⁾ Diese Regelung setzte sich auch im bayerischen Stammesgebiet durch und fand Anerkennung.⁹⁶⁾ Es fällt jedenfalls in diesem Zusammenhang auf, daß sich die fideiussores vestiturae erst vom Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Königsgesetzes an in den Freisinger Urkunden feststellen lassen. Ob die tatbestandsmäßigen Voraussetzungen des Kapitulars, die Vergabung liegenden Gutes außerhalb der Grafschaft, immer beachtet wurden, läßt sich nicht sicher nachweisen. Es scheint für die vorliegenden Quellen auch nicht darauf anzukommen, da angenommen werden kann, daß bei Vergabungen intra comitatum die Verbürgung der Investitur schon vor dem Kapitular von 818/819 zulässig war.⁹⁷⁾

94) C.6.dieses Kapitulars lautet: Ut omnis homo liber potestatem habeat, ubicumque voluerit, res suas dare pro salute animae suae... Quod si eodem tempore quo illas tradere vult extra eundem comitatum fuerit, id est...., adhibeat... testes idoneos..., et coram eis rerum suarum traditionem faciat et fideiussores vestiturae donet, qui ei qui illam traditionem accipit vestituram faciat. (Eckhardt, Germanenrechte, Bd.2, I)

95) Vgl. Schröder-Künßberg, Dt. RG S.308; E. Mayer, a.a.O., S.36 ff. Voser, a.a.O., S.31 ff., 67 ff.

96) Die Geltung der cap. legibus addenda von 818/819 blieb nicht auf das salfränkische Gebiet beschränkt. Vgl. Brunner, Dt. RG. I, S.544; Ganshof, a.a.O., S.144

97) Vgl. Voser, a.a.O., S.68, 69

Da somit kein Zusammenhang mit einer Gewährungshaftung des Veräußerers ersichtlich ist, können die fideiussores vestiturae der Freisinger Urkunden nicht als Gewährbürgen gedeutet werden.

3. Die fideiussores traditionis

Soweit Bürgen bei bereits vollzogener Investitur erwähnt werden⁹⁸⁾, kann ihre Aufgabe nicht mehr in der Vornahme der Investitur bestehen, ihre Funktion muß jetzt in der Garantie des ungestörten Besitzes gesehen werden. Diese Kennzeichnung der Bürgenfunktion trifft auch für die häufig erwähnten fideiussores traditionis zu. Auch diese Bürgen haben für den Bestand des Rechtsgeschäftes und den dadurch geschaffenen Rechtszustand einzustehen. Ihre Aufgabe beschränkt sich aber auf die Sicherung der Übertragung gegen Widerruf und Anfechtung seitens des Veräußerers selbst. Es erscheint nicht möglich, aus dem knappen Befund der Quellen eine Begründung dafür zu geben, daß diese Bürgen die Haftung für eine Gewährungsschuld des Veräußerers übernommen haben.⁹⁹⁾ Die Urkunden lassen jeglichen Hinweis vermissen, daß die Bürgen den Veräußerer nach den Regeln des Gewährzuges zur prozessualen Schirmung des Erwerbers veranlassen mußten und im Falle des Gewährbruches für die poena dupli zu haften hatten. Den Bürgen könnte angesichts der knappen Aussagen der Urkunden nur dann die Funktion von Gewährungsbürgern zugeschrieben werden, wenn es sich bei der Gewährungspflicht um eine für die Veräußerungsverträge im Vordergrund stehende, als selbstverständlich aufgefaßte Pflicht gehandelt hätte, die keiner besonderen Erwähnung bedurfte. Die Quellen liefern aber keine Stütze für diese Annahme. Die Gewähr-

98) Wie z.B. in B.I. 400b a.819

99) Aus diesem Grunde wird auch von E.Mayer, a.a.O., S.36 und Voser, a.a.O., S.146,147 mit Recht eine Gewährleistungshaftung der Bürgen in Zweifel gezogen.

schaftspflicht des Veräußerers läßt sich weder auf Grund der Freisinger noch der zum Vergleich mitberücksichtigten Salzburger und Regensburger Urkunden als die primäre Vertragspflicht festlegen, die man ausschließlich im Auge gehabt hat, ohne dies besonders zu betonen. Liefern nicht auch jene Urkunden, die den "auctor" vom Bürgen trennen, was gerade auf ihre unterschiedliche Funktion schließen läßt, den Beweis, daß die Bürgenhaftung nicht der Sicherung der Gewährschaftspflicht gedient haben kann?

Statt der Gewährschaftspflicht steht eine andere Verhaltenspflicht, das Haltensollen, das Stehenbleiben beim erfüllten Vertrag¹⁰⁰⁾, im Vordergrund. Schon die Strafklauseln bedrohen das Verhalten des Schenkers, das sich gegen die vollzogene Vergabung an die Kirche richtet, mit hohen Strafen. Die Strafklauseln vermitteln ein anschauliches Bild von der Ausgestaltung und Tragweite dieser Pflicht. Sie erhalten gerade dadurch ihre Bedeutung für das ältere deutsche Schuldrecht, daß sie das Haltensollen als die primäre Vertragspflicht erkennen lassen.¹⁰¹⁾ Die Tatsache, daß die bayerischen Strafklauseln sowohl den Veräußerer als auch jeden Dritten mit Strafe bedrohen, ist hier, wo es in erster Linie um das Verhältnis des Veräußerers zum Bürgen geht, ohne Bedeutung. Die Einstandspflicht des Bürgen besteht nur insoweit, als eine Schuld des Veräußerers vorhanden ist. Da für den Veräußerer, vom Gewährschaftsverhältnis abgesehen, durch das Verhalten eines Dritten keine Verpflichtung entstand, hat sich in diesem Falle auch der Bürge nicht mit einer Haftung beladen.

Für die Freisinger und ebenso für die Regensburger und Salzburger Urkunden folgt aus allem, daß die Bürgen, soweit sie nicht eine der bereits erörterten Funktionen

100) Mitteis, Privatrecht, S.119

101) Schultze, Bespr.Sjögren, S.178

ausüben, lediglich das Haltensollen des Vertrages und zwar für Schenkung, Kauf und Tausch garantieren.¹⁰²⁾

Dieses Ergebnis wird noch dadurch gestützt, daß der Zeitraum, in dem die Bürgenstellung häufig ist, zwar grundsätzlich der Periode der Strafklauseln folgt, aber auch noch teilweise in diese zurückreicht. Es kann kein Zweifel bestehen, daß die Pflicht, beim erfüllten Vertrag zu verharren, nicht nur für die Zeit der Strafklauseln anerkannt war, sondern auch in der Folgezeit seine Bedeutung behielt. Wollte man die Bürgen mit der Gewährschaftspflicht des Veräußerers in Verbindung bringen, so stünde man vor der mit der Entwicklung des Privatrechts nicht in Einklang zu bringenden Tatsache, daß diese Pflicht erst mit dem Vorkommen der Bürgschaft eine Haftungsregelung erfahren hätte. Das kann um so weniger überzeugen, als diese Pflicht in den behandelten Urkunden weder zuvor noch im Zusammenhang mit der Bürgschaft jemals erwähnt wird.

4. Ergebnis

Insgesamt kann also festgestellt werden, daß die Bürgschaft in den Freisinger Traditionen - und dies gilt ebenso für die Salzburger und Regensburger Traditionsurkunden - nicht zur Haftungsübernahme für die Gewährschaftspflicht des Veräußerers verwendet wurde. Auch die Betrachtung der Bürgschaft konnte also keinen Hinweis auf die Rechtsnatur der Gewährschaftspflicht im 9. und 10. Jahrhundert liefern. Es gilt wiederum die Vermutung, daß infolge des noch immer vorhandenen strafrechtlichen Einschlags der Gewährschaftspflicht keine schuldrechtliche Haftungs begründung erforderlich war.

102) Diese Garantiefunktion der Bürgen erwähnt, wenn auch in allgemeiner Form, auch schon Voser, a.a.O., S. 147

5. KAPITEL

"FIRMARE" UND "FIRMATIO" IN DEN FREISINGER TRADITIONEN

I. Das "firmare" im bayerischen Recht

1. Die allgemeine Verwendung im bayerischen Volksrecht

Mit der aus dem Liegenschaftsprozeß der Lex Baiuvariorum bekannten "firmatio"¹⁾, die sich dort als Wiederholung des Investituraktes erweist²⁾, erschöpft sich die Bedeutung dieses Ausdrucks jedoch nicht. Das bayerische Volksrecht spricht auch an anderen Stellen von "firmatio" und "firmare", ohne daß ein Zusammenhang mit einer Wiederholung der Übertragungshandlung ersichtlich wäre.³⁾ Statt dessen wird "firmare" mit Zeugen und Urkunden in Verbindung gebracht, jenen Instituten des mittelalterlichen Rechts, die im allgemeinen die Beständigkeit eines Rechtsverhältnisses gewährleisten sollten.

Das "firmare" des bayerischen Rechts war lange Zeit hindurch Gegenstand eifriger Behandlung.⁴⁾ Hier kann es indessen nicht darum gehen, die Frage nach dem Wesen und der Bedeutung des "firmare" im alten bayerischen Recht neu zu stellen, um eine grundsätzliche Antwort zu finden.

1) Vgl. Lex Bai. XVI, 17

2) Vgl. Brunner, Dt. RG II. S. 670

3) Vgl. z. B. Lex Bai. XVI, 2: ...si quis vendiderit possessionem suam...aut per cartam aut per testes conprobetur firma emptio...Lex Bai. XVI, 15: ...Quicquid vendiderit...omnia sint firmata aut per cartam aut per testes...

4) Vgl. Merkel, a. a. O., S. 101 ff.; Heusler, Gewere, S. 15, 16; Haase, Traditio und Investitura, S. 27 ff.; Brunner, RG. d. Urk. S. 266 ff.; Hübner, Immobilienprozeß, S. 116; Gillis, a. a. O., S. 6 ff.

Eine solche Untersuchung würde über den Rahmen der Darstellung hinausgehen und müßte außerdem das gesamte bayerische Urkundenmaterial erfassen. Wenn trotzdem eine besondere Betrachtung des Ausdrucks *firmare* anhand der Freisinger Urkunden vorgenommen wird, so geschieht dies im Hinblick auf die an die Gesetzesstellen *Lex Bai.* I,1⁵⁾ und *XVI*,12⁶⁾ geknüpften Folgerungen für eine Gewährungschaftsregelung.⁷⁾

2. "Firmare" und Gewährungschaftsversprechen

W.Merk⁸⁾ hat den Versuch unternommen, die Stellen *I*,1 und *XVI*,12 des bayerischen Volksrechts mit einer vertraglichen Währungschaftsregelung zu verknüpfen.

Ausgangspunkt seiner Darstellung⁹⁾ ist die Annahme, daß die Liegenschaftsübereignung nach dem alemannischen Volksrecht in eine eigentliche Übereignungshandlung und eine möglicherweise fremdrechtlich beeinflusste Stätigungshandlung¹⁰⁾ zerfällt. Merk stellte sich damit in Gegensatz zu der von Brunner begründeten und herrschend gewordenen Auffassung von der Liegenschaftsübereignung durch bloße Urkundenbegebung (*traditio per cartam*).¹¹⁾ War die alemannische *Carta* demnach auch kein Übertragungsmittel, so erhielt sie ihre Bedeutung als Sicherungsmittel für den Er-

5)quicquid donaverit... hoc per epistolam confirmet propria manu sua ipse et testes adhibeat...

6)Si se *firmare* promiserit...

7) Vgl. Löning, a.a.O., S.107 ff.; Merk, alemann.Grdst.übertragung, S.151 ff.

8) Merk, alemann.Grdst.übertragung, S.167; Löning, a.a.O., S.110 versteht das *se firmare promittere* in *Lex Bai. XVI*,12 ebenfalls als Währungschaftsversprechen, doch läßt seine Deutung, sieht man von dem behaupteten geschichtlichen Zusammenhang zwischen "*firmare*" und "*stätigen*" ab, eine nähere Begründung vermissen.

9) Merk, a.a.O., S.136-138

10) Vgl. *Lex Al.* I,1: ...firmitatem facere per cartam....

11) Vgl. Brunner, RG d.Urk., S.60 ff., 113 ff.

werber durch ein darin unter der Bezeichnung stipulatione subnixa beurkundetes, ausschließlich Währschaftszwecken dienendes Strafgeding.¹²⁾

An diesen, aus dem alemannischen Recht gewonnenen Befund anknüpfend, hat Merk es für wahrscheinlich gehalten, daß auch mit dem "per epistolam confirmare" und dem "firmare promittere" der Titel I,1 und XVI,12 der Lex Baiuvariorum ein förmliches Währschaftsversprechen ausgedrückt wurde. Er gelangte so zu der Folgerung, daß von der liegenschaftlichen Stättigungshandlung der beiden oberdeutschen Volksrechte eine geradlinige Entwicklung zum Währschaftsversprechen und zur Währschaftsleistung der spätmittelalterlichen süddeutschen Rechtsquellen führe.¹³⁾ Diese Ergebnisse aus der Darstellung Merks sollen Anlaß sein, die Freisinger Urkunden auf Hinweise für die von ihm gegebene währschaftsrechtliche Deutung des "firmare" zu untersuchen. Damit wird gleichzeitig der Umfang der Untersuchung aufgezeigt.

II. Die Verwendung des Ausdrucks "firmare" in den Freisinger Urkunden

"Firmare" und "firmatio", ebenso die in gleicher Bedeutung verwendeten Begriffe confirmare, confirmatio und firmitas stellen in den Freisinger Traditionsurkunden vielgebrauchte Ausdrücke dar. Im Gegensatz zu den bisher behandelten Instituten ist festzustellen, daß "firmare" und seine bedeutungsgleichen Wortableitungen nicht auf einen bestimmten Zeitraum und auch nicht auf lediglich einzelne Urkunden beschränkt bleiben, sondern sich durch die gesamte Urkundenmasse verfolgen lassen. Bei der Betrachtung der Urkunden läßt sich eine vielseitige Verwendung des Ausdrucks "firmare" feststellen.

1. "Firmatio" als Erneuerung der Tradition

Die schon aus dem Volksrecht bekannte Bedeutung der "firmatio" als Erneuerung oder Wiederholung einer bereits vollzogenen

12) Merk, alemann.Grdst.übertragung, S.167

13) Merk, alemann.Grdst.übertragung, S.167

Tradition findet auch in den Freisinger Urkunden ihre Bestätigung.¹⁴⁾

2. "Firmare" in Beziehung zu Urkunde und Zeugen

Mit "firmare" wird auch das Ausstellen einer Urkunde bezeichnet.¹⁵⁾ Der Ausdruck "firmare" kennzeichnet daneben aber auch die Festigung der Rechtsgeschäfte, die mit dem Ausfertigen einer Urkunde erreicht wird.¹⁶⁾

Die Beständigkeit der Rechtsgeschäfte und der damit geschaffenen Rechtsverhältnisse scheint vielfach bereits in der körperlichen Existenz der Urkunde erblickt worden zu sein, denn in einigen Fällen wird die Urkunde selbst als *firmitas* oder *confirmatio* bezeichnet.¹⁷⁾

- 14) Vgl. etwa B.I.30 a.769: *Post haec peracta traditione pariter manu commune cum filio meo iterando firmavi super ipsum altarem..B.I.105a a.782: ...Heredi episcopo...tradidit...Nunc vero iterare libuit ipsam traditionem, quia temporalis et levis et inconstans est animo...ut ipsa traditio firmior atque stabilior permaneret et in perpetuum confirmata consistere....*
B.I.220 ca.a.805: *...iam pristinam traditionem confirmare decrevi...B.I.265b ca.a.808: ...A.congregavit propinquorum turmam atque parentorum et renovavit ipsam traditionem quam antea actam habuit, ut meliorem habuisset firmitatem.*
Vgl. ferner für Salzburg die Urk.Hauthaler S.368(222a ca.a.1147): *...quam traditionem...iterando confirmavit.*
- 15) Vgl. B.II.1556c ca.a.1160: *...dominum meum episcopum rogo, ut hanc rem ita confirmet, ut titulos duos scribere faciat et nobis unum remittet, alterum in sacratio conservet...*
- 16) Vgl. B.II.1415 ca.a.1024: *Iustum namque et rationabile videtur, ut quicquid secularibus negotiis agitur serie litterarum ligetur atque firmetur ita, ne postmodum ab ullo possit dissolvi vel corrumpi...*
Vgl. dazu von den Regensburger Traditionen auch die Urk. Widemann 19 a.822: *...duas cartulas uno tenore conscriptas ad firmitatem atque memoriam posteris fieri decrevit...*
- 17) Vgl. z.B. B.I.399b a.813: *...Ego Tagabertus hunc confirmationem negotii scripsi iussione Hittonis episcopi...*
B.I.538b a.826: *...Et ego Cozroh audiens et videns... hanc firmitatem conscripsi...*
B.I.585 a.829: *...praecepit L.comes, ut traditionis epistolam demonstrarent. Ibi in praesentia demonstraverunt traditionis firmitatem.*
Ähnlich auch B.I.177 a.799, 554 a.828.

Der Festigung der Rechtsgeschäfte diente auch die Zuziehung von Geschäftszeugen, die bei späteren Streitfällen Zeugnis für den Vorgang ablegen konnten.¹⁸⁾ Auf diese Funktion geht wohl auch die im bayerischen Recht noch lange Zeit als Gewohnheit bezeichnete Sitte des Ohrenziehens, des testes per aures trahere, zurück¹⁹⁾, wodurch sich der rechtlich relevante Vorgang ins Bewußtsein einprägen sollte.

"Firmare" findet auch dann Verwendung, wenn Zeugen und Urkunden nebeneinander die Sicherheit eines Rechtsverhältnisses gewährleisten.²⁰⁾ Obwohl das Prozeßrecht die Urkunde in ihrer Rolle als Beweismittel noch nicht anerkannt hatte²¹⁾, betonten die Freisinger Urkunden zu-

- 18) Vgl. etwa B.I.26 ca.a.765, 31 a.769,64 a.773,97 a.779, 115 a.783:...et firmamus cum testibus...
B.I.328 a.814,330 a.814,390 a.818,425 a.819:...
cum testium munitione firmavit...
B.I.121 b ca.a.788:...haec cartula nihilominus firma permaneat, sed firmiorem obtineat roborem cum...veracis testibus confirmata...
B.I.418 a.819: ...et firmitatem cum veraces viris subscriptis...fecit...ferner B.I.538b a.826.547e a.827,580 a.829 und B.II.1060 a.926,1349 ca.a.994
Diese Art der Festigung wird auch häufig in den Salzburger, Regensburger und Passauer Urk. erwähnt. Vgl. etwa Hauthaler S.83(17 a.924)...hoc testibus subscriptis...confirmaverunt...ferner S.103 (41 a.927),111(47 a.927), 488(434 a.1190); Widemann 67 a.863-885...ad hoc confirmandum sunt testes A.,S...sowie 285 a.1070-1020; Heuwieser 61a a.804-806...iussit hoc per testibus firmare, ut ...
- 19) ...testes sicut mos est per aures traxerunt. Vgl. z.B. B.II.1067,1068,1069 ca.a.926
- 20) Vgl. etwa B.II.1051 ca.a.926:...ut haec commutatio firmior habeatur...cum scripto et testibus qui infra scripti sunt sicut mos est firmaverunt...ferner B.II.1062 ca.a.926.
Weitere Belege bilden die Arengen der Tauschurkunden seit dem 10. Jahrhundert: Vgl. z.B. B.I.1045 a.908: Consultum enim et rationabile videtur, ut quicquid ecclesiasticis vel secularibus negotiis aut iudiciis agatur, serie literarum et testimonio nobilium et veracium virorum ita ligetur et confirmetur, ne in posterum ullo modo possit dissolvi vel corrumpi...Ähnlich auch B.II.1047,1050,1069,1070,1086 (alle ca.a.926),1247 ca. a.972,1447 ca.a.1038,1694 ca.a.1104
- 21) Brunner, Dt.RG.II., S.561 ff.

nächst vereinzelt, vom 10. Jahrhundert an schon häufig die Gleichstellung von Zeugen und Urkunde als Sicherungsmittel und lassen damit die spätere Entwicklung für das Beweisrecht erkennen. In den Urkunden wird manchmal auch die Gewohnheit erwähnt, die Carta nach ihrer Abfassung zu unterzeichnen oder sich durch Handauflegung zu ihrem Inhalt zu bekennen. Auch diese Handlung, die vom Schenker selbst²²⁾ und von den Zeugen²³⁾ überliefert ist, wird mit "firmare" bezeichnet. Unsere Quellen lassen allerdings nicht erkennen, ob sich diese Sitte auch noch in späterer Zeit erhalten hat. Nachdem schon aus der Frühzeit der Freisinger Urkunden diese Handlungen nur vereinzelt mitgeteilt sind, ist anzunehmen, daß man sich wohl meist mit der Gegenwart der zur Durchführung der Vergabung notwendigen Personen begnügt haben mag.

3. "Firmare" und lex traditionis

Die Verwendungsbreite des Ausdrucks firmare wird schließlich auch in den Fällen deutlich, in denen mit "firmare" bzw. "confirmare" der Umfang des Rechtserwerbs und der

- 22) Vgl. etwa B.I.5 a.750: Schenkung des Herzogs Tassilo
et ego Tassilo dux Baioariorum confirmavi hanc epistolam...
 B.I.31 a.769, 492 a.823: ...manu mea propria subterfirmavi...
 B.I.140 a.791: ...et ego ipse S., tradedi et scripsi et firmavi cum manibus meis...
 B.I.476 a.822:Et ego S.hanc traditionem propria manu confirmo....
- 23) Vgl. etwa B.I.39 a.770, 41 a.771:Haec sunt testes qui manu propria firmaverunt...
 B.I.44, 50 a.772, 72a a.776:Haec sunt testes et eorum nomina qui praesente manu firmaverunt....
 Von der "Handfeste" des Königs berichtet die Tauschurkunde B.I.745 a.855:et ut haec commutatio firmior habeatur, manu firmatione regis adprobabitur...

Rechtsausübung ausgedrückt wird.²⁴⁾ Wenn in den Urkunden die Rede davon ist, daß die Ausgestaltung der Eigentums- und Besitzverhältnisse nach Maßgabe dessen erfolgen soll, was der Veräußerer mittels "firmare" oder "confirmare" festgesetzt hat, so deutet dies auf einen Zusammenhang mit der *lex traditionis* hin, jenem Begriff, mit dem allgemein dingliche Beschränkungen ausgedrückt werden.

III. Ergebnisse

1. Die Bedeutung des Ausdrucks *firmare*

Die Betrachtung der Freisinger Urkunden hat ergeben, daß der Ausdruck *firmare* (*confirmare*, *firmitas*, *firmitas*) in vielfacher Verwendung vorkommt. Die Verwendungsbreite dieses Ausdrucks hat sich nicht erst im Laufe der Zeit ergeben, sie ist bereits vom Beginn unserer Quellen an festzustellen. Bei allen Anwendungsfällen ist der Sinngehalt der mit *firmare* bezeichneten Rechtsakte derselbe. Der Zweck, der in jedem dieser Fälle verfolgt wird, besteht

-
- 24) Vgl. etwa B.I.349 a.815: ...C.comes... ecclesiam construxit atque Attonem episcopum illuc invitavit ad consecrandam ipsam ecclesiam; ipseque Atto ...inquirens, quid C...de eadem ecclesia agere voluisset ipseque respondens: "Ego vere volo meam partem nunc ... ad domum s.M. pro remedium animae meae in manus vestras tradere et confirmare volo eo modo, ut post obitum meum uxor mea A.si me supervixerit, habere liceat; tamen si ipsa suam partem de iam dicta ecclesia domui s.M. vult tradere"...
B.I.377 a.817:Quicquid propriae habere visus sum in loco...hoc ipsud...tradidi atque ad domum s.M.firmavi, ut quicquid exinde agere voluissent potestatem in omnibus...magnopere exercerent....
B.I.550a a.827:....et eo tenore ipsam traditionem firmabo, ut usque dum vivam, ego et mater mea C.hoc usufructuario ad usitandum et ad emeliorandum...non tamen in aliquo comminuendi perdendi nec commutandi neque alienandi.....

In diesen Zusammenhang gehört auch die Regensburger Urk. Widemann 795 a.1135-1140: ... firmavit ea rationis firmitudine, ut quamdiu ... , uterque ambas res ...in usum vitae possideat ...

in der Sicherung der Rechtsstellung des Erwerbers.²⁵⁾ Die Tatsache, daß die Urkunden fast nur von der Festigung der Rechtsgeschäfte (hanc traditionem firmare) sprechen, kann zu keiner anderen Beurteilung führen, denn eine klare Trennung zwischen Rechtsgeschäft und Rechtserfolg ist jener Zeit eben noch nicht geläufig.

Dieser Sicherungszweck kommt unzweideutig in den Erneuerungen oder Bestätigungen zum Ausdruck, womit der Schenker entweder aufs neue seinen Schenkungswillen dartun²⁶⁾ oder eine spätere Anfechtung durch Verwandte erschweren oder unmöglich machen wollte, indem er sie zu der Erneuerung zuzog.²⁷⁾

Sicherheit in Form der Beweiserleichterung wurde der Kirche auch zuteil, wenn für eine Tradition Zeugen vorhanden waren und eine Urkunde über das Rechtsgeschäft errichtet wurde. Im Hinblick auf den noch nicht allgemein anerkannten Beweiswert der Urkunde war es ferner von Bedeutung, wenn Schenker und Zeugen durch Handauflegung oder Unterzeichnung ein Bekenntnis zum Inhalt der Urkunde hergestellt hatten.²⁸⁾

Um die Sicherung des kirchlichen Erwerbes ging es schließlich auch bei der Betonung der *lex traditionis*, denn sie schaffte Klarheit über Art und Umfang der Rechtsausübung.

25) Ähnlich Merkel, a.a.O., S.109, besonders S.117; Heusler, Gewere, S.15 ff.; Ficker, Urkundenlehre, Bd.I.S.71; Schultze, Bespr.Gillis, S.637; Voser, a.a.O., S.139

26)quia temporalis et levis et inconstans est animo...
vgl. B.I. 105 a

27)peracta traditione pariter manu commune cum filio meofirmavi ...vgl. B.I.30

28) Vgl. Brunner, RG d.Urk., S.220

Aus den Anwendungsfällen des *firmare* wird deutlich, daß dem Ausdruck *firmare* selbst keine spezifisch juristische Bedeutung zukommt.²⁹⁾ Erst im Zusammenhang mit einer Rechtstatsache wie Zeugen, Urkunde oder wiederholte Tradition erhält dieser Ausdruck eine rechtliche Färbung, für sich selbst betrachtet ist er farblos und vieldeutig. Gerade diese Eigenschaft mag der Grund für die vielseitige Verwendungsmöglichkeit des Ausdrucks *firmare* im alten bayerischen Recht gewesen sein.

Die Untersuchung der Freisinger Traditionen hat damit zu einer Deutung des Ausdrucks "*firmare*" geführt, welche auch in den Salzburger, Regensburger und Passauer Urkunden ihre Stütze findet. Von diesem Ergebnis her kann auch die Beurteilung des "*firmare*" im bayerischen Volksrecht erfolgen, soweit dieses nicht schon selbst in eindeutiger Weise von "*firmare aut per carta aut per testes*" spricht³⁰⁾. Das volksrechtliche "*per epistolam confirmare*" ist demnach als Urkundenfertigung und Handfestigung zu deuten, während das "*firmare promittere*" als Wiederholung der Tradition verstanden werden muß.³¹⁾

2. Keine vertragliche Währschaftsbegründung in den Freisinger Traditionen

Bei der hier gegebenen Erklärung des "*firmare*" im allgemeinen und der Beurteilung der fraglichen Stellen des bayerischen Volksrechts im besonderen, kann die These Merks insgesamt nicht bestätigt werden. Wenn die mit "*firmare*" bezeichneten Rechtsakte die Sicherung des Er-

29) So auch Voser, a.a.O., S.139

30) Lex Bai. XVI,2,15

31) So ja auch die überwiegende Auslegung dieser Stelle, die vom Mobiliarprozeß handelt. Vgl. Brunner, RG II S.670

werbers zum Ziele hatten, wäre es gewiß auch denkbar, daß dieser Zweck durch ein Währschaftsversprechen hätte erreicht werden können. Diese Möglichkeit ist auf Grund der Urkunden aber ausgeschlossen, denn sie lassen keinerlei Anhaltspunkte erkennen, daß die Sicherstellung der Kirche gerade durch ein Währschaftsgelöbnis herbeigeführt wurde. Der Auffassung Merks stehen überdies von Anfang an Bedenken entgegen. Schon der Ausgangspunkt für seine Darlegung vermag nicht zu überzeugen. Wenn er das Duplum und die Stipulationsklausel als ausreichende Hinweise für ein Währschaftsversprechen betrachtet, so läßt er die Möglichkeit außer Betracht, daß diese Kriterien der römischen Stipulationsklausel lediglich auf die formale Herleitung der germanischen Urkundenklauseln hindeuten, ohne daß der rechtliche Gehalt übernommen wurde.³²⁾ Selbst wenn in den Urkunden der fränkischen Zeit die von Merk betonten Punkte auf eine Währschaftsregelung hindeuten würden, stellt sich die Frage, wie sich die Währschaftsversprechen dann für jene Zeit nachweisen lassen, als Straf- und Stipulationsklauseln längst aus den Urkunden verschwunden waren. Trotzdem soll nach Merk eine gerade Entwicklungslinie zum mittelalterlichen Währschaftsgelöbnis führen. Ein solcher Zusammenhang läßt sich - entgegen Merks Behauptung - nicht herstellen, weder mit Hilfe des Ausdrucks *firmare* noch, soweit die deutschgeschriebenen Quellen in Betracht kommen, durch das Wort "stätigen". Wie bereits aufgezeigt wurde, kann "firmare" nicht als Ausdruck eines Gewährschaftsversprechens bezeichnet werden. Das gleiche gilt aber auch für den in den spätmittelalterlichen bayerischen Rechtsquellen gebräuchlichen Ausdruck "stätigen", denn er

32) Vgl. Redlich, Privaturkunden, S. 34; Brunner, RG d. Urk., S. 221 ff.

kommt in ähnlicher Verwendung wie das "firmare" vor³³⁾ und kann insoweit sogar als dessen deutsche Wurzel betrachtet werden.

Zusammenfassend kann also festgestellt werden, daß die Freisinger Traditionen keine Hinweise für eine vertragliche Währschaftsregelung erkennen lassen. Das gleiche gilt für die Salzburger, Regensburger und Passauer Traditionen, die, wie die angeführten Belege zeigen, den Freisinger Urkunden inhaltlich weitgehend entsprechen. Damit erhält auch die Auffassung keine Bestätigung, welche den schuldrechtlichen Charakter der Gewährschaftspflicht im Spätmittelalter auf die häufige Verwendung von Gewährschaftsabreden zurückführen will.

3. Zur Entstehung der Währschaftsversprechen

Währschaftsversprechen erscheinen im Freisinger Rechtsgebiet erstmals gegen Ende des 13. Jahrhunderts³⁴⁾, zu einer Zeit also, in der die Traditionsbücher ihre Bedeutung verloren hatten. Die Vermutung, daß die Entwicklung der ver-

33) Vgl. z. B. Freisinger Rechtsbuch, Art. 166: Überträgt jemand einem anderen ein Gut... wil er im das stät machen, da sol er in prief uber geben... oder geziug mit piderben läuten, oder aus dem guot ein urchunde geben ... also hät er im dann gestätigt das geschäft.....; ferner Meichelbeck II.181 IIa.1284:darumb hat man disen brif gestätigt ...mit der stat insigel... Meichelbeck II.265 a.1350: ...und bestäten auch mit diesem Brief....

34) Vgl. etwa Meichelbeck II.99a.1269: ...nos exhibemus auctorem quod vulgo Gewer nuncupatur....; Meichelbeck II.184 a.1285: ...et auctorem, qui vulgo dicitur Gwer nos esse profitemur... Meichelbeck II.206 a.1298:danach loben für uns und Erben,....das wir des gewer und verantwurten sollen sein.... Meichelbeck II.236 a.1315: ...Ich han auch gelobt, daz ich....Gewer soll sein aufrecht.... Meichelbeck II.291 a.1385:gelob ich für mich und alle mein erben....die vorgeante lehen (wurden verkauft)...ze schirmen vor menihleichs ansprach als chaufs recht ist und als des Landes recht ist...

traglichen Währschaftsregelung möglicherweise schon früher eingesetzt habe und nur durch das Vorherrschen der Traditionensammlungen mit ihren oft inhaltsarmen Einträgen verdeckt worden sei, kann allerdings nicht durchgreifen. Die Fertigung von Originalurkunden hat in Freising, wenn sie auch keine große Bedeutung hatte, nie gänzlich aufgehört.³⁵⁾ Diese Urkunden enthalten aber ebensowenig Währschaftsabreden wie die Einträge in den Traditionsbüchern. Die Feststellung, daß spätere Freisinger Urkunden vom ausgehenden 13. Jahrhundert an Währschaftsgedinge enthalten, überrascht nicht angesichts der Tatsache, daß die urkundlichen Quellen dieser Zeit, vorwiegend die der Städte, allgemein Währschaftsgelöbnisse enthalten.³⁶⁾ So wie die Freisinger Quellen für diesen Zeitraum Übereinstimmung mit den Urkunden anderer Gebiete zeigen, läßt sich auch für die vorhergehenden Jahrhunderte ein weitgehend übereinstimmendes Ergebnis feststellen, denn für diese Zeit sind auch aus keinem anderen deutschen Gebiet Währschaftsabreden ähnlich der später anzutreffenden Art überliefert.³⁷⁾ Gegenüber den Ansichten, die eine vertrag-

35) Ruf, a.a.O., S. 2 ff.

36) Vgl. z. B. Rehme, a.a.O., S. 14; Wagenseil, a.a.O., S. 98, 99; K. Beyerle, Kölner Schreinswesen, S. 464 ff.; E. Meyer, Zur Geschichte des Immobilienrechts der deutschen Schweiz im 13. bis 15. Jhd., S. 9; Merk, Grdst. Übertragung in Meersburg, S. 212, 27 ff.

37) Die frühesten eindeutigen Währschaftsversprechen, die, soweit ersichtlich, erörtert werden, entstammen Kölner Quellen aus dem 12. Jhd. Vgl. K. Beyerle, Kölner Schreinswesen, S. 464; Ähnlich für das südfranzösische Recht Partsch, a.a.O., S. 91, 129 ff.

liche Währschaftsregelung bereits ins frühe Mittelalter verlegen wollen³⁸⁾, erscheint daher die Frage berechtigt, warum uns die Urkunden von einem gewissen Zeitpunkt ab eingehend über Währschaftsabreden unterrichten, während man sich vorher mit unklaren Formulierungen hinsichtlich einer Währschaftsregelung begnügt haben soll, obwohl die früheren Urkunden den späteren an Ausführlichkeit nicht nachstehen.

Nach allem kann nur vermutet werden, daß die Erklärung für das Vorkommen der Währschaftsversprechen vom 13. Jahrhundert an in der Zeit selbst gesucht werden muß³⁹⁾.

Die Zeit, in der sich Währschaftsabreden in größerer Zahl feststellen lassen, ist zunächst gekennzeichnet durch eine Ausgestaltung und Weiterentwicklung des Schuldrechtes.⁴⁰⁾

So wie jede Rechtsordnung den Bedürfnissen des Wirtschaftslebens Rechnung zu tragen hat, mußte auch das Schuldrecht seit dem 12. Jahrhundert, als der Handel in Deutschland seine erste Blüte erlebte⁴¹⁾, den nun häufigeren Verkehrsgeschäften gerecht werden. Es machte sich die Tendenz geltend, die überkommenen starren Vertragsformen aufzulösen und die Gestaltung dem einzelnen anheimzustellen, um möglichst alle Lebenssachverhalte vertraglich zu erfassen.⁴²⁾

Auf diese Weise ist es auch zu erklären, daß das Treuegelöbnis, das ursprünglich Haftungsvertrag war, im ausgehenden Mittelalter zum Mittel der bloßen Haftungsbestärkung

38) Vgl. Merk, alemn. Grdst. Übertragung, S. 152, 154; H. Meyer, a. a. O., S. 1003; Voser, a. a. O., S. 146 ff.

39) Zweifel an einer frühen vertraglichen Währschaftsübernahme äußert bereits K. Beyerle, Kölner Schreinswesen, S. 465

40) Planitz-Eckhardt, Deutsche Rechtsgeschichte, S. 218; Conrad, Dt. RG. S. 560, 561

41) Planitz-Eckhardt, a. a. O., S. 129, 130

42) Vgl. Hübner, Privatrecht, S. 591, 592

wurde, denn der Wegfall einer von der Schuld verselbständigten Haftung machte die Haftungsverträge überflüssig⁴³⁾. Die Tendenz zur Anerkennung der schuldrechtlichen Sondergestaltungen ist vor allem in den Städten spürbar. Der Satz, das Stadtrecht sei die Wiege des modernen Schuldrechts geworden, hat daher seine Berechtigung.⁴⁴⁾

Eine Erklärung des spätmittelalterlichen Währschaftsgelöbnisses hat aber auch der Tatsache Beachtung zu schenken, daß in der Regel die Gewährschaftspflicht des Veräußerers, wie es auch für das bayerische Recht bejaht wurde, schon kraft objektiven Rechts bestand. Das Nebeneinander von vertraglicher und gesetzlicher Währschaftsregelung oder, was wohl zutreffender ist, der Vorrang der vertraglichen vor der gesetzlichen Regelung, kann mit einer Erscheinung in Verbindung gebracht werden, die in den mittelalterlichen deutschen Rechtsquellen seit dem 12. Jahrhundert zu beobachten ist: mit dem Problem der Willkür im deutschen Recht.⁴⁵⁾ Es handelt sich dabei um die Erscheinung, daß jemand für eine bestimmte, in Aussicht gestellte Verhaltensweise selbst die Rechtsfolge setzt und damit die allgemeine Regelung ausschließt.⁴⁶⁾ Wenn auch die Denkform der Willkür ihrem Wesen nach sehr alt sein mag, so hat sie doch erst im späten Mittelalter für das Rechtsleben besondere Bedeutung erlangt. Durch die Forschungen W. Ebels ist erwiesen, daß die Willkür keinen materiellen Tatbestand im Rahmen eines Rechtssystems und auch keinen Vertragstyp darstellt, vielmehr als eine Denkform des deutschen Rechts bezeichnet werden

43) Conrad, Dt. RG, S. 561; Planitz-Eckhardt, a. a. O., S. 218

44) Mitteis, Privatrecht, S. 108

45) Die lateinischen Quellen des Mittelalters lassen keine Einzelheiten zum Problem der Willkür erkennen, so daß fraglich bleibt, ob sie in früherer Zeit überhaupt eine besondere Rolle gespielt hat. Daß die absoluten Strafklauseln der Urkunden keine Beziehung zu einer Verwillkürung aufweisen, hat Ebel, Willkür, S. 42, 45 selbst betont.

46) Vgl. Ebel, Willkür, S. 12 ff.

muß.⁴⁷⁾ Diese Qualifizierung der Willkür läßt es zu, den Grundgedanken auch auf schuldrechtliche Verträge anzuwenden. In einer Zeit, in der Verwillkürungen häufig waren, konnte diese Denkart in der Weise auf Veräußerungsgeschäfte übergreifen, daß auch eine von Rechts wegen bestehende Regelung zwischen den Parteien vertraglich vereinbart wurde. So mag es auch zur vertraglichen Währschaftsbegründung unter Ausschluß der schon objektiv bestehenden Regelung gekommen sein. Für das Währschaftsverhältnis kam eine vertragliche Regelung ja ohnehin erst in Frage, als es schuldrechtlichen Charakter angenommen hatte. Die Zeit, in der dieser Zustand erreicht war, darf im 13. Jahrhundert vermutet werden. Auf einen Zusammenhang zwischen den Währschaftsversprechen und dem Willkürgedanken scheint auch der Umstand hinzudeuten, daß zum Beispiel spätere Freisinger Urkunden aus dem 14. Jahrhundert eine Gewährschaftsleistung nach "aigens reht", nach "Lehens reht" und nach "des Landes gewonheit" unterscheiden.⁴⁸⁾ Sie lassen damit die mittelalterliche Vorstellung der Rechtskreise erkennen, von denen ja die Willkür als der engste bezeichnet werden kann.⁴⁹⁾

Die an den Anfang der Erörterung der Währschaftsversprechen gestellte Vermutung, daß die vertragliche Währschaftsbegründung als eine Erscheinung des späten Mittelalters zu betrachten sei, kann also bestätigt werden.

47) Vgl. Ebel, Willkür, S. 10, 37, 75

48) Vgl. etwa Meichelbeck II, 218 a. 1308, 236 a. 1315, 285 a. 1379

49) Vgl. Ebel, Willkür, S. 63, 78

SCHLUSSZUSAMMENFASSUNG

Für die Untersuchung der Rechtsmängelhaftung anhand der Freisinger Traditionsurkunden wurde mit der allgemeinen Meinung an den Gewährenzug angeknüpft, wie er in den Volksrechten der fränkischen Zeit seine Ausgestaltung erfahren hat. Die für die Beurteilung des mittelalterlichen Währschaftsrechtes - diese Bezeichnung charakterisiert den Rechtszustand besser als der Ausdruck Rechtsmängelhaftung - entscheidende Frage, ob der Gewährenzug des alten Anefangsverfahrens auch auf die Dauer die Grundlage der Währschaftsregelung dargestellt hat, konnte bejaht werden. Für das bayerische Recht allgemein und das Freisinger Recht im besonderen steht der Gewährenzug auch noch im 13. und 14. Jahrhundert im Mittelpunkt des Währschaftsrechtes.

Wenn auch die Pflicht zur Gewährschaftsleistung, d.h. zum prozessualen Schutz des Erwerbers, in ihrer inhaltlichen Ausgestaltung weitgehend gleich geblieben war, so besaß sie doch im Spätmittelalter unbestritten schuldrechtlichen Charakter. Da für die Zeit vom 9. bis 12. Jahrhundert aber keine solch eindeutigen Ergebnisse vorliegen, hatte sich die Betrachtung der Freisinger Traditionen mit der Frage nach dem Stand und der Entwicklung des Währschaftsrechtes seit dem bayerischen Volksrecht zu befassen. Wurzelte die Pflicht zur Gewährschaftsleistung schon früh im Veräußerungsvertrag selbst, war sie also eine ursprünglich schuldrechtliche Pflicht, oder erhielt sie diesen Charakter erst durch besondere Währschaftsabreden, oder bildete gar die Bürgschaft den Ausgangspunkt der Entwicklung des Währschaftsrechtes?

Unter Berücksichtigung dieser Fragestellung und bei Beachtung der historischen Reihenfolge der Urkunden mußten

zuerst die Strafklauseln und Stipulationsformeln einer Prüfung unterzogen werden. Die Untersuchung erbrachte keine Anhaltspunkte für eine währschaftsrechtliche Verwendung dieser Klauseln. Da mit Hilfe der Strafklauseln erstmals vertragliche Pflichten zum Ausdruck gebracht wurden, berechtigt der Befund der Freisinger Urkunden zu dem Schluß, daß das bayerische Recht im 8. und 9. Jahrhundert noch keine vertragliche Währschafts begründung kannte.

Von besonderem Interesse war weiter die Frage, ob die Gerichtsurkunden innerhalb der Freisinger Traditionen das Vorkommen und die Ausgestaltung des Gewährzuges erkennen lassen. Die eindeutigen Zeugnisse zusammen mit unterstützenden Indizien für das Fortbestehen des Gewährzuges waren insgesamt gering. Dieses Ergebnis darf aber nicht zu der Annahme führen, daß der Gewährzug aus dem Rechtsleben verschwunden war. Das weitgehende Schweigen der Quellen muß vielmehr mit der Tatsache begründet werden, daß die Sachverhalte, wie sie in den Gerichtsurkunden wiedergegeben sind, gar nicht zu einem Gewährzug führen konnten. Der Beweiswert der wenigen Belege dürfte aber doch ausreichen, um den spätmittelalterlichen Gewährzug unmittelbar auf die Zeit der Volksrechte zurückführen zu können.

Eine eingehende Erörterung mußte bei der Betrachtung der Freisinger Urkunden die Frage der Haftungs begründung erfahren. Bei der institutionellen Trennung zwischen Schuld und Haftung im alten deutschen Recht konnten gerade von der Untersuchung der Haftungsregelung her Hinweise auf den Charakter und die Ausgestaltung der Gewährschaft erwartet werden. Wie die Urkunden erkennen lassen, erfolgte die Haftungs begründung mittels Wadiation und Bürgschaft. Obwohl diese Haftungsgeschäfte zur Sicherung

der verschiedensten Verpflichtungen verwendet wurden, konnte kein Beweis erbracht werden, daß sie auch im Dienste der Gewährschaftshaftung standen. Dieses Ergebnis zeigt, daß eine Gewährschaftshaftung nicht üblich war, widerlegt aber auch die Vermutung, daß für Schuld bereits allgemein gehaftet wurde mit der Folge, daß es einer besonderen Haftungsübernahme nicht bedurft hätte. Daß das Fehlen einer Gewährschaftshaftung mit einem noch immer vorhandenen strafrechtlichen Einschlag des mittelalterlichen bayerischen Währschaftsrechtes zu erklären ist, kann wohl vermutet werden, eine eindeutige Entscheidung aber lassen die vorliegenden Quellen nicht zu.

Der Bürgschaft kann auch für sich keine besondere Rolle bei der Entwicklung des mittelalterlichen Währschaftsrechtes zugedacht werden. Voraussetzung hierfür wäre ein über einen längeren Zeitraum feststellbares Vorkommen, das die Möglichkeit zuläßt, eine Entwicklung zu erkennen. Die Bürgschaft stellt aber kein dauerhaftes Rechtsinstitut dar, denn sie kommt in den Freisinger Traditionen nicht über das 10. Jahrhundert hinaus vor.

Im Rahmen einer Untersuchung der Freisinger Traditionen unter währschaftsrechtlichen Gesichtspunkten war auch der Ausdruck *firmare* zu beachten. *Firmare* (*firmatio*) erwies sich als ein vielverwendeter Begriff, der stes im Zusammenhang mit einer auf verschiedene Weise zu erreichenden Sicherstellung des Erwerbers gebraucht wurde, ohne daß er allerdings mit einer Währschaftsregelung in Verbindung gebracht werden konnte.

Nachdem die Freisinger Traditionen insgesamt keinen Beweis für eine vertragliche Währschaftsbegründung zu erbringen vermochten und die vom 13. Jahrhundert an vorkom-

menden Währschaftsversprechen als eine Erscheinung des ausgehenden Mittelalters zu betrachten sind, muß angenommen werden, daß die im Spätmittelalter grundsätzlich kraft Gesetzes bestehende Gewährschaftspflicht an den überlieferten Rechtszustand anknüpft. Damit wäre auch für die Zeit zwischen den Volksrechten und den Rechtsbüchern die Pflicht zur Gewährschaftsleistung - unter allmählicher Wandlung zur zivilrechtlichen Pflicht - als eine von Rechts wegen bestehende Pflicht zu betrachten, die daneben nicht noch vertraglich begründet zu werden brauchte. Diese Deutung würde auch das weitgehende Schweigen der Freisinger wie der vergleichsweise berücksichtigten Salzburger, Regensburger und Fassauer Quellen zu diesen Fragen erklärlich machen.

L E B E N S L A U F

Am 19. Januar 1938 wurde ich in Bayreuth als Sohn des Reichsbahnassistenten Robert Gradel und seiner Ehefrau Margarete, geb. Schiller, geboren.

Von 1944 bis 1949 besuchte ich die Volksschule und von 1949 bis zur Reifeprüfung im Jahre 1958 die Oberrealschule in Bayreuth.

Im Wintersemester 1958/59 begann ich an der Universität Erlangen das Studium der Rechtswissenschaft. Im Sommersemester 1960 setzte ich meine Studien an der Universität München fort. Vom Wintersemester 1960/61 an studierte ich wieder in Erlangen. Hier legte ich am 7. Januar 1963 die erste juristische Staatsprüfung ab. Am 1. März 1963 wurde ich im Oberlandesgerichtsbezirk Bamberg in den Vorbereitungsdienst als Rechtsreferendar aufgenommen. Die Dissertation habe ich vom März 1963 bis Dezember 1964 angefertigt.

Offset-Fotodruck

- W. Hogl, Erlangen, Brüxer Straße 9, (Nähe Röthelheimbad) Telefon 15336 -

Offset - Fotodruck

- W. HögI, Erlangen, Brüxer Straße 9, (Nähe Röthelheimbad) Telefon 15336 -